This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

FOR TX

Mühlhäuser

Depositum irregulare.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 772 990

PROPERTY OF
HARVARD LAW LIBRARY

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 25, 1921

Germany

102

Ueber

Umfang und Geltung

des

Depositum irregulare.

Eine civilistische Studie

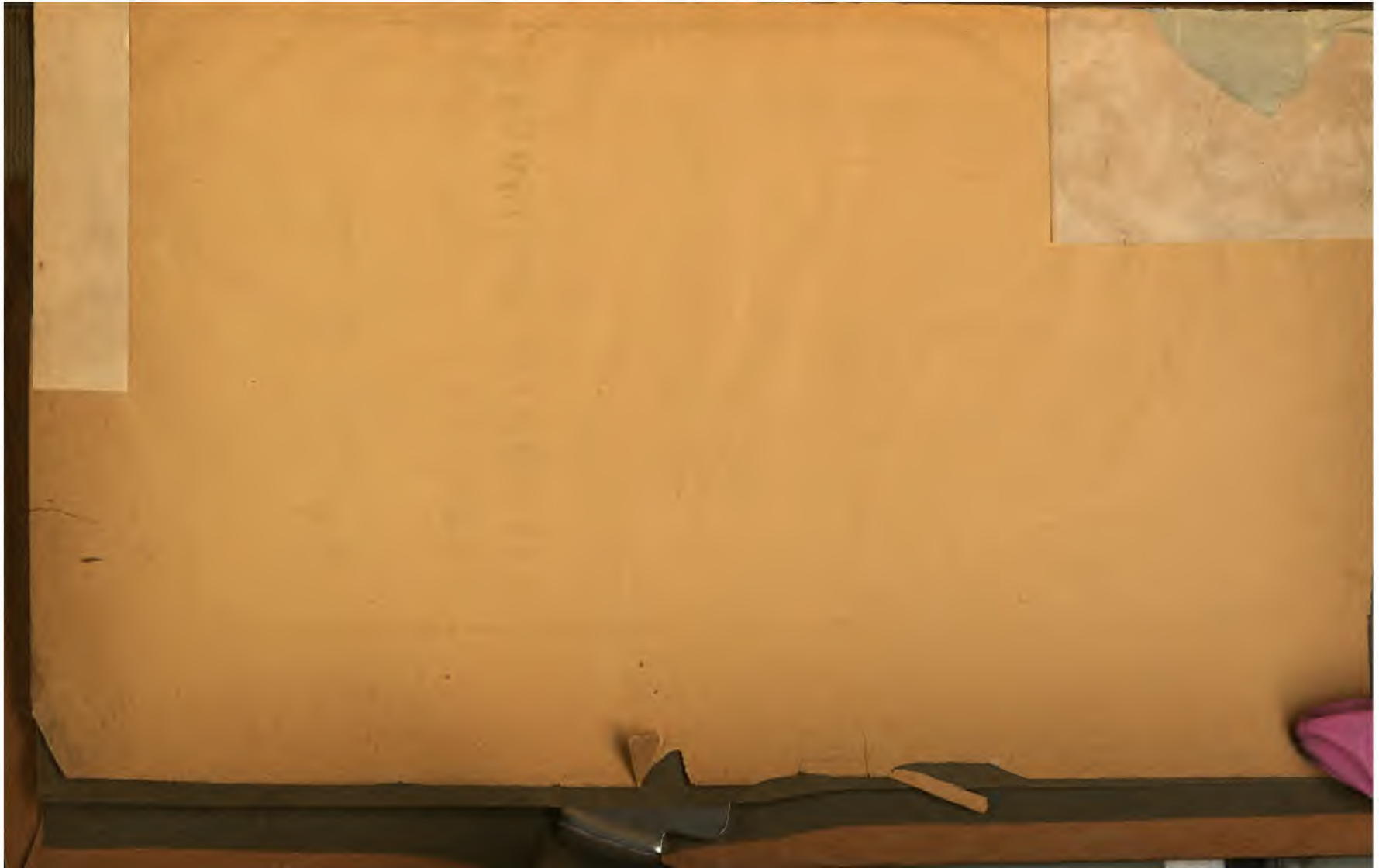
von

Dr. Otto Mühlhäuser.

Mit einem Holzschnitt.

Erlangen 1879.

[illegible]g von Andreas Deichert.



Ueber

Umfang und Geltung

des

Depositum irregulare.

Eine civilistische Studie

von

Dr. Otto Mühlhäuser.

Mit einem Holzschnitt.

Erlangen, 1879.
Verlag von Andreas Deichert.

OCT 25 1921

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn

Professor Dr. v. Scheurl

als Zeichen dankbarer Ergebenheit

der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§. 1. Begriff von Regularität und Irregularität eines Contractes im Allgemeinen 1

§. 2. Stellung des depositum, mutuum und commodatum im Allgemeinen zu einander und zu der locatio conductio 4

§. 3. Zurückweisung zweier Extreme in der Beurteilung des depositum irregulare 9

I. Abschnitt. **Begriff und Umfang des depositum irregulare.**

§. 4. Vorbemerkungen 13

§. 5. Lex 25 §. 1 depositi 13

§. 6. Lex 26 §. 1 depositi 14

§. 7. Lex 24 depositi 16

§. 8. Lex 31 locati 21

§. 9. Aufstellung des Begriffs auf Grund dieser Stellen 23

§. 10. Logische Berechtigung dieses Begriffs 25

II. Abschnitt. **Betrachtung einiger controverser Specialfälle.**

§. 11. Vorbemerkungen 29

§. 12. Die Fälle von l. 9 §. 9 de R. C. und l. 34 pr. mandati 30

§. 13. Die Fälle von l. 10 de R. C. u. l. 1 §. 34 depositi 33

§. 14. Der Fall von l. 4 pr. de R. C. 36

§. 15. Die Fälle von l. 28 und l. 29 §. 1 depositi . . 40

III. Abschnitt. **Die besonderen Rechtsverhältnisse beim depositum irregulare.**

§. 16. Vorbemerkungen 44

§. 17. Die Zinsverpflichtung 45

§. 18. Die Stellung des dep. irreg. im Concurs . . . 48

§. 19. Die äusserlich hervortretenden Unterschiede des depos. irregulare vom Darlehen 53

Anhang.

§. 20. Das depositum irregulare im heutigen Handelsrecht 54

Einleitung.

§. 1. Begriff von Regularität und Irregularität eines Contractes im Allgemeinen.

Es ist zu einer consequenten Durchführung der viel bestrittenen Lehre vom depositum irregulare zunächst nötig, überhaupt festzustellen, was man unter einem regulären und irregulären Contract versteht, denn schon diese Begriffsbestimmung ist eine vielfach missdeutete und bestrittene. Da die Unterscheidung factisch nur beim depositum (und höchstens noch bei der locatio conductio)[1] vorkommt, so ward sie von den Gegnern des deposit. irreg. vielfach benutzt[2], um dessen logische Widersinnigkeit nachzuweisen.

Der Character und die Beschaffenheit eines Contracts richtet sich stets nach seinen Bestandteilen, wesshalb wir zunächst diese einer näheren Betrachtung unterziehen müssen:

Die herkömmliche[3] Betrachtungsweise scheidet die Bestandteile eines Contracts, wie jedes Rechtsgeschäfts in essentialia, naturalia und accidentalia. Die essentialia sind diejenigen, durch deren Vorhandensein die Existenz des betr. Contracts als eines vom Gesetz speciell benannten bedingt ist, die daher nicht fehlen dürfen, wenn wirklich diese Art von Contracten als gewollt gelten soll. Die naturalia ferner sind diejenigen Bestandteile, welche zwar fehlen dürfen, ohne dass der Contract seinen speciellen

---

1) l. 31 D. locati 19, 2.

2) So namentlich Schaffrath, prakt. Abhdlgn. aus dem RR. pg. 97 ff.

3) Dagegen schon Windscheid, Pandecten. 1875. §. 85.

gesetzlichen Character verliert, die jedoch solange als von den Parteien gewollt angenommen werden, als nicht das Gegenteil erwiesen ist. Die accidentalia endlich sind die negativen naturalia d. h. diejenigen Bestandteile, deren Nichtvorhandensein oder vielmehr Nichtgewolltsein solange angenommen wird, als nicht das Gegenteil, d. h. ihre Existenz bewiesen ist. Wo nun aber in Bezug auf einen nichtwesentlichen Punct eines Contracts ein naturale vorhanden ist, kann in Beziehung auf denselben Punct kein accidentale vorhanden sein und umgekehrt. Es ist also ganz passend, die naturalia und accidentalia in einen Begriff, non essentialia oder accidentalia im weiteren Sinn, zusammenzufassen, da ihr gemeinsames Kriterium gegenüber den essentialia in dem Nichtwesentlichen ihres Vorhandenseins besteht und sie nur in Bezug auf die Beweislast eine Verschiedenheit zeigen. Innerhalb des Begriffs der non essentialia könnte man dann vielleicht wieder die tacita und die expressa non essentialia unterscheiden, je nachdem man die sogen. naturalia oder die accidentalia im engern Sinn bezeichnen will [4]). —

Es fragt sich nun: Welche Bestandteile müssen vorhanden sein, um einen Contract als regulär oder irregulär bezeichnen zu können? Jedenfalls einmal die essentialia, denn da ihr Nichtvorhandensein den speciellen Charakter des betr. Contracts überhaupt aufhebt, der irreguläre aber diesen Charakter doch beibehalten soll, so dürfen sie nicht fehlen [5]). Wenn eines der essentialia fehlt, so liegt immer ein anderer Contract vor, oder gar keiner. Die non essentialia nun anlangend, so müssen wir unter diesen verschiedene Arten, je nach dem Grad ihrer rechtlichen Wir-

4) Dadurch wird dem von Arndts (Pandecten 1877 §. 65 Anm.) der Windscheid'schen Einteilung gemachten Vorwurf, dass auch die naturalia als gewollt zu bezeichnen seien, begegnet.

5) So schon Dedekind, comm. jurid. de contractu, quem irr. dep. perhibuerunt, qui etc. Wolfenbuetelae et Lipsiae 1753. §. 22 ff.

kung unterscheiden. Ist diese Wirkung weniger bedeutend, das non essentiale weniger die äussere Erscheinung des Contracts beeinflussend, so macht dies keine eigene Einteilung, je nachdem das tacitum oder expressum des non essentiale vorkommt, nötig. So z. B. wenn eine weitergehende Haftung des Depositars ausgemacht [6]) wird. Ist dagegen die rechtliche Wirkung des non essentiale bedeutender, so unterscheidet man verschiedene Arten des Geschäfts, je nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung. So unterscheidet man z. B. die societas universalis und partialis [7]).

Hat aber das betr. non essentiale einen solchen Einfluss auf die äussere Erscheinung des betr. Contracts, streift es so nahe an die Grenzen der essentialia, ist das tacitum non essentiale eine so natürliche gesetzliche oder logische Consequenz der essentialia, dass durch das Eingreifen des expressum non essentiale das essentiale eines andern Contracts und damit dieser selber vorhanden zu sein scheint, dann spricht man, je nachdem das tacitum oder das expressum vorhanden ist, von einem regulären oder irregulären Contract.

Natürlich lassen sich hier keine allgemeinen theoretischen Grenzen ziehen, so wenig wie bei der culpa und diligentia, sondern es entscheidet in dieser Hinsicht für jede Contractsform in concreto zunächst die Gesetzgebung, dann Doctrin und Praxis, natürlich begrenzt durch die Begriffsbestimmung der essentialia.

Will man demnach wissen, ob ein vorliegendes Rechtsgeschäft die Irregularität eines bestimmten Contracts darstelle, so hat man zunächst die essentialia des betr. Contracts zu constatiren. Sind diese vorhanden, so hat man sich bezüglich der non essentialia nach den vorhin genannten Factoren umzusehen und darnach zu entscheiden.

Im Resultat also ist ein contractus regularis ein solcher, der die essentialia und die nach Gesetz oder Brauch

6) l. 1 §. 6 depositi 16, 3. 7) l. 5. pr. pro socio 17, 2.

zu berücksichtigenden non essentialia des betr. Contracts als tacita enthält, ein contractus irregularis dagegen ein solcher, bei dem die essentialia zwar vorhanden sind, die oben bezeichneten non essentialia aber als expressa sich darstellen. Der Begriff eines irregulären Contracts ist also kein absoluter, sondern ein relativer.

Anmerkung. So namentlich gegen Glück, Pandecten Bd. XV pg. 150 ff., der einen contractus irregularis durch jede Abänderung eines naturale durch ein accidentale entstehen lässt. Wäre dies der Fall, so hätte man bei jedem einzelnen Contract ein ganzes Heer von Irregularitäten zu berücksichtigen, was zu den grössten Unzuträglichkeiten führte und zuletzt Absurditäten hervorrufen müsste. Ausserdem darf man nicht das naturale mit dem regulare verwechseln. Die Unterscheidung zwischen naturale und accidentale ist eine objectiv nach strengen Regeln vor sich gehende, während die Unterscheidung zwischen regelmässig und unregelmässig nur nach den praktischen Erfahrungen und dem Bedürfniss gemacht wird und desshalb eine subjectiv verschiedene ist.

Ebenso gegen Schaffrath a. a. O. pg. 97 ff., der davon ausgeht, dass das dep. irregulare gewisse essentialia des depositum nicht enthalte (was später widerlegt werden wird) und desshalb gegen den Namen dep. irregulare kämpft und diesen in „conventio exemplo depositi" umgewandelt wissen will. Wenn ein concretes Rechtsgeschäft nicht sämmtliche essentialia des depositum hat, so ist es weder ein depositum irregulare noch eine conventio exemplo depositi, sondern entweder ein anderer Contract, als das depositum, oder gar keiner.

§. 2. Stellung des depositum, mutuum und commodatum im Allgemeinen zu einander und zu der locatio conductio.

Nachdem wir den Begriff der Irregularität einer näheren Betrachtung unterzogen haben, ist es nötig, auf das allgemeine Verhältniss der drei in Frage kommenden Realcontracte unter einander und zu der locatio conductio weiter einzugehen.

Das gemeinsame Kriterium des depositum, mutuum und commodatum ist neben dem Umstand, dass bei ihnen

„re contrahitur obligatio“ namentlich die gratuitas [1]), die Unentgeltlichkeit. Abgesehen aber davon, dass diese gratuitas ein gemeinsames essentiale bildet, folgt noch aus der Natur der drei Contracte, dass sie sämmtlich durch den Wegfall dieser gratuitas in ein und denselben Contract übergehen, nämlich in die locatio conductio [2]). Das commodatum geht in die gewöhnliche Sachenmiete [3]), das mutuum in eine specielle Abart derselben, die sogen. Zinsleihe [4]), das depositum endlich in die Dienstmiete [5]) über. Der Anleiher und commodatarius werden zum conductor, der Herleiher und commodans zum locator rei. Entsteht aber die locatio conductio aus einem depositum, so wird der deponens zum locator und der depositarius zum conductor.

Unter sich sind die drei Realcontracte in der Art verschieden, dass das depositum einerseits, das commodatum und mutuum anderseits sich gegenüberstehen. Beim depositum ist der Vorteil wesentlich auf Seiten des Deponenten [6]), bei den beiden andern Contracten wesentlich auf Seiten des Anleihers [7]). Es erhellt dies aus dem essentiale der gratuitas, welche voraussetzt, dass von der einen Seite ein Vorteil ohne Ersatz hingegeben, von der andern Seite ein solcher ohne Entschädigung gewonnen worden ist. Wer dann bei jedem Contract den Vorteil gewinnt, ergibt sich aus der Natur des Contracts auf die eben beschriebene Weise. Halten wir also zunächst diese scharfe Trennung fest und betrachten jede Gruppe für sich. Das depositum

---

1) §. 2 in f. u. §. 3. J. quib. mod. 3, 14; l. 17 §. 3 de praescr. verb. 19, 5; l. 3 Cod. de usuris 4, 32.

2) Der Einfachheit halber ist nur von dem Hinzutreten von merces die Rede, bei anderweit. Aufhebung der gratuitas entstehen Innominatcontracte. Ebensowenig ist eine Hereinziehung der Lehre vom honorarium am Platz.

3) cit. §. 2 in fine J. 3, 14. 4) Im justin. Recht eigentlich noch nicht, abgesehen von der Zinsstipulation. 5) l. 1 §. 8—10 depositi 16, 3. 6) l. 5 §. 2 commodati 13, 6; l. 24 in fine depositi 16, 3. 7) l. 5 §. 2 in fine commodati 13, 6; l. 27 de reb. cred. 12, 1.

auf der einen Seite steht allein, auf der anderen Seite steht das Commodat und das mutuum. Wir wollen vorerst die zweite Gruppe einmal näher ins Auge fassen.

Das gemeinsame Kriterium des Commodat und des Mutuum ist der unentgeltliche Vorteil des Anleihers, der sich daraus ergibt, dass er ohne Entschädigung zum Gebrauch [8]) der geliehenen Sache berechtigt ist. Je nachdem [9]) nun diese Sache nicht fungibel oder fungibel ist, heisst der Contract Commodat oder Mutuum. Aus dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Vertretbarkeit ergeben sich als einfache Consequenzen sämmtliche Verschiedenheiten in den rechtlichen Wirkungen des Commodat und des Mutuum. Geht man von dem gemeinsamen Kriterium der Gebrauchserlaubniss aus, so ist es beim Mutuum bloss die Eigentümlichkeit der Fungibilität [10]), welche mit dem Gebrauchen, das hier als Verbrauchen [11]) erscheint, jene speciellen Rechtswirkungen verknüpft, die in der Eigentumsübertragung [12]) gipfeln. Das Mutuum ist also eigentlich nichts weiter, als eine Leihe fungibler Sachen als solcher. Die deutsche Sprache bringt Beides unter den gemeinsamen Begriff des Leihens; man bekommt ein Pferd geliehen, aber auch Geld. Das Wort mutuum drückt, von diesem Standpunkt genommen, bloss den speciellen Fall des Commodats aus, wo „ex meo tuum fit," d. h. eine Eigentumsübertragung [13]) stattfindet.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Commodat und das Mutuum eigentlich Erscheinungsformen eines Contracts sind, der Leihe im weiteren Sinn. Es ist anzunehmen, dass es bloss eine Forderung des täglichen Bedürfnisses war, diese zwei Erscheinungsformen als eigene Contracte zu behandeln und von ihrem Contact abzusehen.

---

8) §. 2 in fine J. quib. mod. 3, 14; l. 13 pr. D. de reb. cred. 12, 1. 9) pr. u. §. 2. J. quib. mod. 3, 14. 10) l. 2 §. 1 de reb. cred. 12, 1. 11) §. 2 J. de usufructu 2, 4. 12) pr. J. quib. mod. 3, 14; l. 2 §. 2 D. de reb. cred. 12, 1. 13) cit. pr. J. 3, 14 und l. 2 §. 2 D. 12, 1.

Im unausgebildeten Rechtsleben, zumal da, wo das Geld noch nicht eingeführt ist, fallen beide zusammen. Die essentialia eines Geschäfts haben jedenfalls so gut ihre Geschichte, wie das Geschäft selbst, und es erhellt leicht, dass im unausgebildeten Rechtsleben im Allgemeinen weniger Contracte vorhanden sind, als im feiner ausgebildeten und durch den Verkehr geförderten, dass also manches frühere non essentiale mit der Zeit zu einem essentiale wurde und demzufolge je nach dem Vorhandensein des früheren tacitum oder expressum zwei selbständige Contracte sich bildeten. Ein solcher Vorgang fand zweifellos bei der Entstehung des Kaufes aus dem Tausch statt. Auch die Miete wird gegenwärtig nur noch von der Wissenschaft als einziger Contract behandelt, als „Umsatz von Gebrauch gegen Geld“ [14]), während es für die Praxis ein lästiger Zwang wäre, Sachen- und Dienstmiete unter einem Hut zu stecken, namentlich wo das grosse Gebiet des Frachtvertrags sich selbständig [15]) entwickelt hat.

Sehen wir uns nun nach der andern Gattung der Realcontracte um. Dieselbe ist nur durch das depositum vertreten. Der Logik und — Symmetrie nach müssten auf dieser Seite doch eigentlich auch zwei Contracte vorhanden sein. Da wir hier nur Vorbemerkungen zu machen gedenken, so wollen wir einstweilen annehmen, was später [16]) bewiesen werden wird, nämlich dass ein depositum an Fungibilien der logischen und gesetzlichen Möglichkeit nicht entbehrt. Das depositum wäre demnach fähig, demselben Zersetzungsprocess unterworfen zu werden, der bereits den Tausch im weiteren Sinn in Kauf und Tausch im engeren Sinn zerlegt resp. von dem früheren weiteren Begriff des Tausches den Kauf als selbständigen Contract abgezweigt hat. Es ist ja doch gewiss möglich, dass dieser Zersetzungsprocess beim depositum nicht

---

14) Windscheid a. a. O. §. 399.

15) Endemann, Handelsrecht. 3. Aufl. 1876. §. 150 Note 1 u. §. 153 Note 2 u. 3. 16) cf. §. 10.

so schnell vor sich gegangen ist, wie beim Kauf und Tausch. Die Factoren einer solchen Zersetzung, ausgebildeteres Verkehrs- und Rechtsleben, wirken doch bei einem schon an sich häufiger vorkommenden Geschäft (wie zweifellos des Tausches im Verhältniss zur Hinterlegung) stärker, als bei einem Geschäft, was dem Verkehr weniger geläufig ist, namentlich, wenn hinzukommt, was wir ja gerne zugestehen, dass ein depositum fungibler Sachen sich im Allgemeinen schwerer denken lässt, als ein Commodat an solchen.

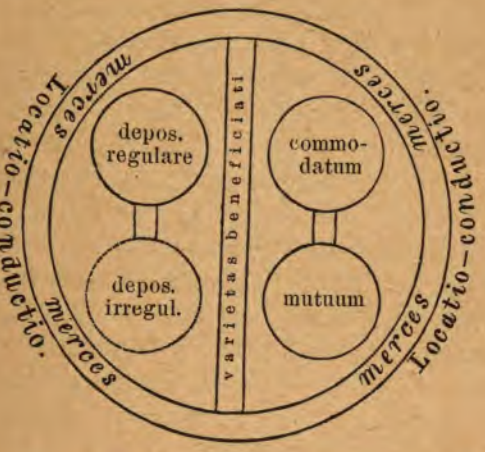
Es spricht also nicht viel dagegen, dass das depositum sich im Lauf der Zeit ebensogut zu zwei selbständigen Contracten entwickeln kann, wie der Tausch. Die oben genannte schwierige Verbindung des depositum mit Fungibilien bringt freilich der Depositalnatur anscheinend so zuwiderlaufende Rechtswirkungen mit sich, dass dies Geschäft manchen römischen Juristen „notissimos terminos depositi“ [17]) zu überschreiten schien; sie nannten es aber trotzdem depositum [18]), wie man denn auch bei den heutigen Depositenbanken sein Geld „hinterlegt“, es denselben nicht „leiht.“

Wir wissen also jetzt, wo wir das depositum irregulare zu suchen haben. Durchaus nicht in der Richtung nach dem Darlehen, sondern lediglich im Hinblick auf die deponirte Sache. Es beruht auf einer Kurzsichtigkeit, wenn man über der lediglich aus der Fungibilität fliessenden Gebrauchsbefugniss und der dadurch hervorgerufenen äusseren Aehnlichkeit mit dem Darlehen jenes essentiale des depositum vergisst, was auch das depositum irregulare [19]) scharf von dem mutuum trennt, nämlich das beneficium auf Seiten des Deponenten. Das depositum irregulare ist von dem mutuum ebensosehr verschieden, wie das depositum regulare vom Commodat.

---

17) l. 24 dep. 16, 3. 18) l. 25 §. 1 u. l. 26 §. 1 dep. 16, 3. 19) cit. l. 24 dep. und l. 7 §. 2 dep. 16, 3.

Anmerkung. Vielleicht trägt das nachfolgende Schema dazu bei, die Genesis und den Charakter des depositum irregulare besser zu versinnlichen.



Wir sehen, wie das Gebiet der drei resp. vier Realcontracte durch einen schmalen Ring umzäunt wird. Denken wir uns unter diesem Ring die merces, so erhellt, dass jeder diesen Ring überschreitende Realcontract, um mich allegorisch auszudrücken, von der Insel der gratuitas auf das weite Meer der locatio conductio gerät. — Die Insel teilt sich aber durch eine unübersteigliche Scheidewand in zwei gleiche Gebiete, je nachdem das beneficium der Person des Gebenden oder des Nehmenden zufällt. Innerhalb jedes Gebietes sind zwei zusammengehörige Erscheinungsformen möglich, je nachdem die gegebene Sache nicht fungibel oder fungibel ist, rechts commodatum und mutuum, links depositum regulare und irregulare. Die Verschiedenheit aber in der Person des Beneficiaten lässt nie eine Ueberbrückung zu, vom dep. regulare so wenig zum Commodat, wie vom dep. irregulare zum mutuum.

§. 3. Zurückweisung zweier Extreme in der Beurteilung des depositum irregulare.

Ehe wir nun zur quellenmässigen Begriffsbestimmung des depositum irregulare übergehen, müssen wir uns noch kurz mit den Extremen beschäftigen, zu denen die verschiedenartigen Meinungen über das depositum irregulare

gelangt sind. Das eine [1]) dieser Extreme weist dem depositum irregulare eine Ausdehnung zu, die es schon vom Standpunkt der einfachen Logik nicht haben kann, das andere [2]) leugnet die Existenz oder wenigstens die logische Berechtigung dieses Geschäfts schlechtweg.

Der Hauptvertreter des ersteren Extrems, Nettelbladt, geht von dem Grundgedanken aus, dass ein depositum irregulare vorhanden sei, so oft „salvis aut omnibus aut minimum potioribus depositi substantialibus (essentialibus) quoddam substantiale vel naturale depositi est mutatum“ [3]). Indem dieser Autor weiter sagt, „jedes depositum irregulare sei ein merum depositam“ [4]), stellt er den ganzen Begriff eines essentiale einfach auf den Kopf. Was er aber in den Voraussetzungen sündigt, das rächt sich später wieder in den Consequenzen. Er kommt zuletzt darauf, einen grossen Unterschied [5]) zu constatiren zwischen einem depositum quoad rem depositam irregulare (wo nämlich Fungibilien deponirt werden) und einem depositum quoad usum irregulare, ubi res usu consumitur, nb. sogar für den Fall, wo jede dieser beiden Arten noch als expressum [6]) erscheint!! Ohne weiter auf die übrigen zahlreichen Verirrungen dieser Schrift einzugehen, bleibt nur zu bemerken, dass sein depositum quoad usum irregulare [7]) auf einer gänzlichen Verkennung der Depositalnatur und der von ihm citirten Stellen [8]) beruht.

Die Vertreter des entgegengesetzten Extrems, die ein depositum irregulare schlechthin leugnen, tuen dies

---

1) Nettelbladt, comm. jurid. de deposito irregulari. Halae 1750 und Oelrichs, diss. de indole depositi, notissimos terminos suos egred. Goettingae 1777.

2) Dedekind, comm. jur. de contractu, quem etc. Lips. 1755. (Zoller) Jesnitzer, quaest. jur. contr.: an detur dep. irr. Lips. 1775 und Schaffrath, prakt. Abhdlgn. 1841 p. 97 ff.

3) Nettelbladt, l. c. §. 19. 4) Nettelbladt l. c. §. 33.

5) Nettelbladt, l. c. §. 34. 6) Nettelbladt l. s. §. 35.

7) Nettelbladt l. c. §. 38.

8) l. 1 §. 34 dep. 16, 3 u. l. 10 de reb. cred. 12, 1.

von zweierlei Standpunkten aus. Der eine Standpunkt, vertreten durch Dedekind und Jesnitzer (Zoller), besteht in der Annahme, dass die Rückgabe in specie ein essentiale [9]) des depositum und ein depositum an Fungibilien desshalb unmöglich wäre. Diese Annahme findet aber weder in den allgemeinen Grundsätzen noch in den Quellen [10]) die nötige Unterstützung und wird am geeigneten Ort [11]) widerlegt werden. Jesnitzer widerlegt die Existenz [12]) eines depositum irregulare, ist aber damit ganz im Irrthum, denn er definirt das zu widerlegende depositum irregulare als den Fall eines depositum, „quando usus rei depositae depositario conceditur“ [13]), ist also über den wahren Inhalt dieses Geschäfts ebenfalls ganz im Unklaren. — Auf dem andern Standpunkt steht Schaffrath, er nimmt an, dass das depositum irregulare zwar eine Alteration der essentialia des depositum involvire [14]) und desshalb „theoretisch und logisch ein Verstandes-Unding, stets in ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. das Darlehen übergehe, aber wegen einer positiven Rechtsbestimmung, nämlich wegen l. 8 Cod. 8, 42 allerdings anzunehmen sei“ [15]); er tadelt ferner die Bezeichnung des fraglichen Geschäfts als depositum irregulare, indem er es „conventio exemplo depositi oder quasi depositum“ und die daraus entspringende Klage „utilis quasi exemplo depositi actio“ genannt [15]) wissen will. Wir haben dagegen schon in der Anmerkung zu §. 1 ausgeführt, dass ein Contract, der nicht sämmtliche essentialia des depositum enthält, weder ein depositum irregulare, noch eine conventio exemplo depositi, sondern einfach eben kein depositum ist. Es müsste also die citirte Constitution l. 8 Cod. 8, 42 den ersten Grundregeln von den Rechtsgeschäften widersprechen. Ein solcher Widerspruch müsste jedoch erst sehr genau

---

9) Dedekind l. c. §. 25; Jesnitzer l. c. §. VIII.

10) Dedekind l. c. §. 29. 11) cf. §. 10 sub 1. 12) Jesnitzer l. c. §. X. 13) Jesnitzer §. IV. 14) Schaffrath, a. a. O. pg. 97. 15) Schaffrath a. a. O. pg. 98.

aus dem klaren Inhalt der Constitution nachgewiesen werden, bevor man ihn für wirklich vorhanden erklärt.

Nun sagt aber diese l. 8 Cod. 8, 42 nichts weiter, als dass, um Zweideutigkeiten vorzubeugen, bei jeder novatio privativa der animus novandi ausdrücklich erklärt werden müsse, sonst bleibe die alte Obligation neben der neuen bestehen. Wie man aus diesen klaren Worten die principielle und specielle Legalisirung [16]) eines depositum irregulare entnehmen will, ist schwer zu begreifen. Abgesehen davon werden wir später [17]) finden, dass alle die Fälle, auf welche Schaffrath die Stelle bezieht, weiter nichts enthalten, als ein regulāres Gelddepositum, welches die Contrahenten in ein mutuum verwandeln wollen und dass es sich dabei nur darum handelt, wann, nicht ob diese Umwandlung sich verwirklicht. Also kann von einem Widerspruch dieser Stelle mit Rechtsprincipien keine Rede sein und die constitutio hat überhaupt für die Theorie des depositum irregulare gar keine Bedeutung. Aber ein Widerspruch, selbst wenn die Stelle ein depositum irregulare constatiren würde, ist auch schon desshalb nicht vorhanden, weil eben das depositum irregulare kein Verstandes-Unding, kein „figmentum Doctorum“ ist, da es, wie gesagt, die essentialia des depositum in keiner Weise alterirt, was in §. 10 näher nachgewiesen ist [18]).

Aus diesen Gründen ist auch Schaffrath's Meinung von der theoretischen Nichtexistenz eines depositum irregulare vollständig zu verwerfen.

Anmerkung. Die von Glück [19]) aufgestellte Ansicht, dass jede Veränderung eines naturale beim depositum eine Irregularität desselben erzeuge und es desshalb ebensoviel Arten von depositum irregulare gäbe, als die naturalia des depositum durch pacta adjecta geändert werden könnten, ist übrigens auch ein Extrem und zwar der ersteren Art. Vgl. hierüber zunächst die Anmerkung zu §. 1. Logisch falsch ist eine solche Ansicht natürlich

---

16) Schaffrath a. a. O. pg. 120 ff. 17) Vgl. den II. Abschnitt §. 11 — 14. 18) Schaffrath hat der Stelle auch eine eigene Abhdlg. gewidmet a. a. O. pg. 140 ff. 19) a. a. O. pg. 152 ff.

durchaus nicht, aber praktisch durchführbar möchte sie wohl, nach den in der cit. Anmerkung gegebenen Gründen schwerlich sein. Sie findet übrigens auch in den Quellen keinerlei Unterstützung.

I. Abschnitt.

Begriff und Umfang des depositum irregulare.

§. 4. Vorbemerkungen.

Wir haben in diesem Abschnitt zunächst die vier [1]) Fundamentalstellen für die quellenmässige Realität des depositum irregulare einer näheren Exegese zu unterziehen, dann die daraus gezogenen Folgerungen zur Entwicklung des quellenmässigen Begriffes vom depositum irregulare zu benutzen und endlich die logische Berechtigung ebendieses Begriffes nachzuweisen.

§. 5. Lex 25 §. I depositi.

Papinianus libro III Responsorum: „Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est.“

Dieses Fragment Papinians ist so klar und einfach, dass die Angabe des Inhalts eine weitere Exegese überflüssig macht. Die Stelle spricht nämlich aus:

1) Dass ein depositum von unversiegeltem Geld mit der Clausel: „ut tantundem redderet,“ noch unter den Begriff des depositum falle.

2) Dass bei einem ebensolchen depositum ex mora Zinsen verlangt werden können und zwar mit der actio depositi.

ad 1. Die Gegner des dep. irregulare haben vergeblich versucht, den klaren Worten des Gesetzes einen andern Sinn unterzuschieben. Dedekind [1]) meint, Papinian nenne das Geschäft nur depositum, weil der Fragesteller sich bei der Frage dieses Ausdrucks bedient habe.

1) l. 25 §. 1, l. 24 u. l. 26 §. 1 dep. u. l. 31 locati.

1) l. c. §. 37. Scholion II. p. 64.

Wie sich aber damit die Worte „judicio depositi“ vereinigen lassen, bleibt bei dem strengen römischen Formalismus in der Klagebenennung schwer zu verstehen. Indem sich Dedekind dann die Stelle so formulirt [2]), wie sie ihm passen würde, kommt er zuletzt darauf, dass das mutuum ein contractus bonae fidei sei [3])!! — Schaffrath [4]) ferner meint, die Zinsen würden hier nur gezahlt, weil der Depositar unbefugt fremde Gelder für sich verwendet habe, leugnet also, dass bei einem depositum von Fungibilien als solchen der Depositar eo ipso das jus utendi habe, worauf später [5]) zurückzukommen ist. Beiden Interpretationen haftet also von vornherein die grösste Unvereinbarkeit mit Text und positiven Rechtssätzen an und sie sind daher mit Fug und Recht zu Gunsten unseres Satzes zurückzuweisen.

ad 2. Auch hier sind allerlei Interpretationen und Missdeutungen versucht worden. Da sich aber diese Seite des Fragments lediglich auf die Zinspflicht beim depositum irregulare bezieht, wir jedoch hier vorläufig nur mit dessen Begriff zu tun haben, so wird sie erst später am geeigneten Ort ihre Besprechung finden [6]).

§. 6. **Lex 26 §. 1 depositi.**

Paulus libro IV Responsorum: „Lucius Titius ita cavit: suscepi habeoque apud me titulo depositi supra scripta denarium argenti decem millia, meque ad praescriptum omnia praestiturum et promitto et profiteor, conventione scilicet inita, ut quoad omne reddatur in singulos menses singulasque libras usurarum nomine quaternos tibi obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere; et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.“ — Der Inhalt der Stelle ist folgender: A bekennt in einem Schein, er habe von B als depositum 10000 Denare übernommen und be-

---

2) l. c. pg. 65. 3) l. c. pg. 65 Col. 10 von oben. 4) a. a. O. pg. 101 Note. 5) Vgl. §. 10 sub 1) u. 2). 6) Vgl. III. Abschn. §. 17.

sitze dieselben, er werde sie ihm ganz nach Vorschrift (scil. der Depositalgrundsätze) wieder zurückgeben. Ausserdem aber verpflichte er sich, bis zur Rückforderung monatliche Zinsen im Betrag von 4 Obolen auf das Pfund zu zahlen. Frage: Können diese Zinsen auch gefordert werden (scil. weil dies dem Charakter des depositum zu widerstreiten scheint)? Antwort: Allerdings, das vorliegende Geschäft ist eben ein aussergewöhnliches depositum und desshalb können Zinsen ex pacto auch mit der actio depositi gefordert werden (scil., denn ein solches pactum wäre bei einem gewöhnlichen depositum nicht am Platze).

Dass die Stelle in dieser einfachen Weise sich vollständig erklären lasse, hat zuerst Neustetel [1]) richtig erkannt. Der durch die Worte „et ideo" erzeugte scheinbare Widerspruch gab vorher Anlass zu allerlei Emendationen [2]), sowohl von Seiten der Verteidiger [3]) als der Gegner [4]) des depositum irregulare. Neustetel bestreitet mit Recht die negirende Bedeutung der Worte: pecuniae modum depositae contractum excedere, indem dann hätte gesagt werden müssen formam excedere. In dieser Weise aufgefasst, enthält die Stelle keinen Widerspruch mehr.

---

1) Neustetel u. Zimmern, römischrechtl. Untersuchungen. 1821 pg. 16.

2) Die Glosse fügt nach modum excedere hinzu: „est tamen depositum."

3) cf. Hotomann, Observation. lib. IV. cap. 1 pg. 10, welcher zwischen modum und excedere ein „non" einschalten will, im Widerspruch mit den Basiliken XIII. 2. 26. — Overbeck, diss. inaug. de colloc. depositi quam regularis etc. Heidelbergae 1806, liest statt et ideo at vero, was auch Glück's (a. a. O. pg. 165) Beifall findet. — Nettelbladt l. c. pg. 24 war schon auf dem richtigen Wege.

4) Dedekind l. c. pg. 65 schaltet nach actione dep. peti ein non ein, eine höchst willkürliche Interjection. — Schaffrath a. a. O. pg. 24 liest: usurae neque actione etc., von seinem Standpunkt aus wenigstens annehmbarer als die Interjection Dedekind's.

Entwickeln wir nun die Folgerungen aus dem Fragment. Das excedere liegt in der Fungibilität des Depositalobjects. Dass das Geld nicht regulär deponirt worden ist, folgt klar aus dem Zinspactum, denn Zinsen für Geld zu zahlen, welches nicht gebraucht werden darf, würde wohl Niemanden einfallen. Die Stelle sagt also offenbar aus:

1) Ein depositum von Fungibilien wird noch als depositum betrachtet.

2) Bei einem solchen depositum sind Zinsen ex pacto mit der actio depositi einklagbar.

§. 7. Lex 24 depositi.

Papinianus libro IX. Quaestionum: „Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hoc die commendasti mihi anumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio; quae quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo.

Quaeritur propter usurarum incrementum.

a) Respondi, depositi actionem locum habere; quid est enim aliud commendare, quam deponere? b) Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora numorum eadem redderentur; nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. c) In qua quaestione, si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. d) Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio; e) sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; f) si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur".

Wir haben den Text des berühmten Fragments desshalb in drei Absätze zerlegt [1]), um die Einteilung in Casus, Quaestio und Responsum besser hervortreten zu lassen. Es ergibt sich folgender Inhalt:

---

1) Dies tut auch schon Nettelbladt l. c. pg. 18.

Casus: A schreibt dem B in einem Brief, er habe das Geld, das derselbe durch seinen Sclaven bei ihm mittelst Zuzählung habe deponiren lassen, angenommen und sei zur ganz beliebigen Rückgabe bereit (d. h. er wolle es ganz als depositum behandeln).

Quaestio: Dieselbe bezieht sich auf die Zinsen und zwar auf Gebrauchs-, nicht Verzugszinsen, wie aus dem Responsum deutlich hervorgeht („contra bonam fidem est, usuras ante moram desiderare").

Responsum. Da dasselbe den umfangreichsten Teil des Fragments bildet, so haben wir die einzelnen Sätze behufs leichterer Citation mit kleinen Buchstaben bezeichnet. Auch dieses Responsum muss der besseren Erkenntniss halber wieder für sich in drei Teile zerlegt werden, nämlich in eine Thesis, in einen Beweis dieser Thesis und endlich in eine Anwendung der Thesis auf die eigentliche Frage wegen der Zinspflicht.

Die Thesis heisst: „Hier greift die actio depositi Platz, denn commendare ist ja gleichbedeutend mit deponere„ (Dieser Grund schon hier, damit sich der Quärent vor allen Dingen nicht am Worte stösst). Die Thesis umfasst den Satz a). —

Die Demonstratio umfasst die Sätze b) und c): „dass dieser Satz für das reguläre depositum richtig ist, wird Niemand bezweifeln; ein Gelddepositum aber mit der Clausel: ut tantundem solveret scheint freilich das Gebiet dieser Klage zu überschreiten". Soweit Satz b). — Von nun an wird der Beweis indirect geführt. Satz c): „Angenommen, für diesen letzteren Fall greife die actio depositi nicht Platz, dann ist von Zinsen schwerlich die Rede". (Denn dann läge ein mutuum [2]) vor, ein negotium stricti juris, wo Gebrauchszinsen nur durch Stipulation klagbar ausgemacht werden

---

2) So schon Pothier Pand. Just. Tom. I. depos. Nr. XLIX. note e; Glück a. a. O. pg. 161; Schmid im Archiv für civil Praxis. Bd. XXX. pg. 80 ff. u. namentlich Vangerow, Pandecten 7. Aufl. 1869. III. pg. 421. —

können, die aber hier nicht vorhanden ist). Mit Recht schaltet nun hier der griechische Scholiast [3]) ein: „hoc autem nemo ait, nam depositi actio competit, ut infra ostendit.“ Denn das Nachfolgende gäbe gar keinen Sinn, wenn nicht daraus entnommen wird, dass, eben wegen der Unwahrscheinlichkeit obiger Annahme („si a. dep. non teneat“), der concrete Fall ein negotium bonae fidei darbietet, also die actio depositi Platz greift. Damit ist der indirecte Beweis für deren Zuständigkeit geliefert.

Die Anwendung der so bewiesenen Thesis ist in den Sätzen d), e) und f) enthalten. Satz d): „Da wir es also hier mit einem contractus bonae fidei zu tun haben, so (bedarf es keiner Stipulation und) kommt der allgemeine Grundsatz vom officium des Richters bezüglich der Zinsen in Anwendung“. Satz e): „Es wäre aber“ (in concreto, namentlich [4]) in Hinsicht auf die stete Bereitschaft des deponirten Geldes: „quando voles et ubi voles, confestim tibi numerabo“) „gegen die bona fides, wenn der Richter ausser Verzugszinsen ex arbitrio noch andere zuerkennen wollte, wo doch der Depositar fast gar keinen Vorteil hat.“ Satz f): „Wenn aber freilich von vornherein Zinsen ausgemacht sind, so müssen sie auch bezahlt werden.“ —

Dass dieser Inhalt der richtige ist, braucht wohl nur für die demonstratio der Thesis d. h. für die Sätze b) u. c) nachgewiesen zu werden. Zunächst den Satz b) anlangend, so kann wohl nicht mit Sicherheit angenommen werden, Papinian habe mit den Worten „egreditur ea res ..“ die Zulässigkeit der actio depositi einfach verneinen wollen. Wenn er dies wollte, so war die ganze Anwendung (die Sätze d)—f)) auf den Fall eines regulären Depositum bezüglich, wo die Zinsfrage mit Ausnahme der Verzugszinsen gar nicht am Platze ist, da es doch Niemand einfallen kann, für todtes Capital Zinsen zu versprechen. — Papinian wollte also damit nur andeuten, dass hier die Ent-

3) Tom. II. Basilicor. pg. 124. not. f.

4) Vangerow, a. a. O. pg. 420.

scheidung nicht so einfach [5]) sei und einer weiteren Auseinandersetzung bedürfe. — Endlich Satz c) anlangend, so handelt es sich hier wesentlich um die Auffassung des „si ... non teneat". Die Gegner des depositum irregulare suchen dasselbe mehr relativisch, als conditionell aufzufassen, so viel als: „In unserer Frage nun, wo die actio depositi nicht Platz greift, da ausgemacht ist etc." In dieser Auffassung wäre das Fragment allerdings der Theorie des depositum irregulare sehr entgegen, indem dann das Geldpositum mit der Clausel „ut tantundem solveret" ein mutuum wäre. Aber schon der Widerspruch mit der gleich darauffolgenden, ebenfalls den Responsa Papinians entnommenen l. 25 dep. die in klaren Worten für diesen Fall ein depositum constatirt, lässt eine solche Auffassung unwahrscheinlich erscheinen. Ferner aber widerspricht derselben:

1) Der Conjunctiv „non teneat". Derselbe ist mit einer relativischen Auffassung des fraglichen Satzes offenbar nicht zu vereinigen. Die verschiedenen Versuche [6]), über diesen Punkt hinwegzukommen, können nur als misslungene bezeichnet werden. Sie laufen meist darauf hinaus, dem „si", damit der Conjunctiv möglich wird, neben der relativischen auch noch eine causale [7]) Bedeutung unter zuschieben. — Ein oberflächlicher Blick in eine lateinische Sprachlehre [8]) genügt, um zu erkennen, dass hier offenbar der sogen. hypothetische Conditionalfall vorliegt, wo „si" übersetzt werden muss: „Angenommen, wenn", „wollte man annehmen dass" etc.

2) Der Indicativ: „cum . . convenit", denn, wenn man das si . . teneat relativisch fasst, so muss das cum . . convenit notwendig causal gefasst werden, wo es aber dann „conveniat" heissen müsste. Gerade dieses cum ... convenit aber ist hier relativisch zu nehmen: „In jedem Falle, sobald überein-

5) Glück a. a. O. pg. 160. 6) Dedekind l. c. pg. 63 unten; 7) So zuerst Neustetel a. a. O. pg. 19 not. 26; Schaffrath a. a. O. pg. 99 not. 5. 8) cf. Englmann, lat. Grammatik. 10. Aufl. 1878. §. 338 Nr. 2.

gekommen ist etc.“, wodurch alle Widersprüche gelöst werden.

3) Der Umstand, dass sich dann der ganze folgende Teil des Responsum auf ein reguläres depositum d. h. auf den ersten [9]) Fall beziehen müsste, wovon Papinian sicher eine Andeutung gegeben hätte und wo auch die ganze Zinserörterung keinen praktischen [10]) Wert haben könnte. Aus ebendiesem Grunde kann man auch aus dem Satz d) das fehlende Zwischenglied entnehmen, wie es der Scholiast tut: „desshalb muss die a. dep. Platz greifen und also das Geschäft ein negotium bonae fidei sein.“

Damit wäre also bewiesen, dass die gedachte Auffassung des Satzes c) die richtige ist.

Zu demselben Resultat gelangen, wenn auch auf anderem Wege, alle Verteidiger [11]) des depositum irregulare, abgesehen von Neustetel [12]), dessen dep. irr. enger begrenzt ist. Vangerow [13]) sucht sein Ziel durch eine etwas gezwungene unmittelbare Anreihung der Anwendung an die Thesis zu erreichen; und Heimbach's [14]) Interpretation liegt eben dessen höchst geistvolle, aber für die praktische Anwendbarkeit zu wenig ausgebildete Theorie vom creditum zu Grunde, wonach er das depositum irregulare zu einer eigentümlichen Verquickung des ebengedachten creditum mit dem depositum macht, indem dabei erst, wo die Depositalgrundsätze nicht mehr ausreichen, die Grundsätze vom creditum d. h. die condictio certi in Anwendung kommen sollen: eine sehr elastische Verbindung, die allerdings für alle Fälle passt, indem abwechselnd die actio depositi und die condictio certi) „hervortritt“), mit der aber in praxi wenig geholfen ist.

Fassen wir nun kurz zusammen, was die Stelle sagen will, so ist dies Folgendes:

---

9) Neustetel a. a. O. pg. 20 übersieht dies vollständig, indem er die fraglichen Sätze auf einen dritten Fall, nämlich ein dep. irr. ohne jene Clausel bezieht. 10) Vangerow a. a. O. pg. 420 unten. 11) Schmid a. a. O. pg. 80 ff.; Glück a. a. O. pg. 159 ff. 12) a. a. O. pg. 6. 13) a. a. O. pg. 420 oben. 14) Heimbach, Lehre vom Creditum, Leipzig 1849. pg. 440 ff.

1) Ein Gelddepositum mit der Clausel: „ut tantundem solveret“ ist kein mutuum, sondern ein contractus bonae fidei, also ein depositum.

2) Bei einem solchen Gelddepositum können Zinsen ex pacto und ex mora verlangt werden.

§. 8. Lex 31 locati.

Für die Theorie des depositum irregulare ist nur ein Teil dieses Fragments von Belang, welcher nachstehend folgt:

Alfenus libro V. Digestorum a Paulo epitomatorum: „.... Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem juris esse in depositi; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; .....“. —

Der Inhalt dieser Stelle ist im Wesentlichen der: Zunächst werden zwei Arten der locatio conductio operis constatirt, je nachdem sich dieselbe auf nicht fungible oder auf fungible Sachen bezieht. Die angegebenen Beispiele zeigen uns für beide Fälle eine locatio conductio operis. Im ersten Fall bleibe das Eigenthum beim locator, im zweiten Fall trete ein „in creditum iri“ ein. An diesen Ausdruck haben sich vergeblich die Gegner [1]) des depositum irregulare gehalten, um die Stelle zu ihren Gunsten zu wenden. Aber man vergleiche doch l. 34 pr. D. 34, 2, wo ganz genau das nämliche Beispiel behandelt und ausdrücklich der Unterschied nur in den Eigentumsübergang gelegt wird. In l. 2 §. 1 de reb. cred. ist das creditum dem mutuum entgegengesetzt, und sein Wesen beruht auch nur

1) Dedekind l. c. §. 37 Scholion II. pg. 59 ff.

darin, dass eine unbedingte Obligation auf eine certa pecunia [2]) vorliegt. Dieser Einwand bedeutet also nichts. Weiter sagt die Stelle: „Ebenso sei es beim depositum“ (d. h. es gäbe auch 2 Arten bei diesem Contract), „denn bei einer Deposition von unversiegeltem, unverschlossenem und bloss zugezählten Geld habe der Depositar bloss tantundem zu restituiren.“

Abgesehen von obigem Einwand bedarf hier namentlich die weitschweifige Interpretation Schaffrath's [3]) einer eingehenderen Widerlegung. Derselbe bekämpft zunächst [4]) die Existenz einer juris praesumptio der Gebrauchsgestattung, die aus der Deposition von unverschlossenem etc. Geld hervorgehe und von einigen Civilisten [5]) angenommen sei. Dieser Einwand ist ganz richtig, er hat aber für das depositum irregulare keine Bedeutung. Denn darauf beruht ja die Irregularität des depositum nicht, dass es mit Gebrauchsgestattung als solcher verbunden sei, sondern, wie wir wiederholt [6]) hervorgehoben haben, lediglich in der Fungibilität der deponirten Sache. Dass aber in der Stelle ein Depositum an Fungibilien anerkannt ist, ergibt sich unzweideutig aus den Worten: nisi tantundem solveret. — Trotzdem sucht Schaffrath im Weiteren [7]) die Bedeutung dieser Worte in der Art herabzumindern, dass er als den Sinn des Gesetzes angibt: „Tatsächlich oder factisch oder in der Tat und Wirklichkeit (oder mit erzwingbarer Wirksamkeit) schuldet der Depositar nichts Anderes, als ebensoviel, aber dem Recht nach dieselben Geldstücke“ ..... „der Depositar wird in der Tat und der Wirkung nach Eigentümer der deponirten Geldstücke, aber nicht rechtlich“ ..... „eine Klage, in welcher ebensoviel Geld, nicht dieselben Geldstücke, sei es aus dem depositum, sei es aus dem Eigentumsrechte vom Depositar zurückgefordert werden, ist entweder in der angebrachten Weise oder schlech-

2) Heimbach a. a. O. pg. 57;

3) Schaffrath a. a. O. pg. 125 — 140. 4) Schaffrath a. a. O. pg. 125; 5) Thibaut, Pandectenrecht §. 551 A not. 9 pg. 90 und Glück a. a. O. pg. 165 ff. — 6) cf. §. 2 in fine u. §. 10.

7) a. a. O. pg. 130 ff.

terdings — abzuweisen[8])". Damit hat sich Schaffrath selber ad absurdum verrannt, denn die Stelle sagt mit dürren Worten gerade das Gegenteil („nihil aliud eum debere, nisi tantundem solvere").

Wenn endlich Schaffrath zuletzt so weit kommt, zu sagen: „Dem bestimmten Recht des Deponenten auf dieselben bestimmten Geldstücke entspricht daher die unbestimmte Verpflichtung des Depositars auf ebensoviel Geld und das Recht des Depositars (?) ist daher ein sogenanntes jus alternativum" [9]), — so sind das nichts als Spitzfindigkeiten, die der gesunde Menschenverstand einfach abweisen muss.

Soviel über diesen Versuch, aus dem Fragment etwas Anderes herauszufinden, als was mit klaren Worten darin ausgedrückt ist, nämlich:

1) dass die Deposition von unversiegeltem, unverschlossenem, bloss zugezähltem Gelde noch unter den Begriff des depositum falle,

2) dass aus einem solchen depositum bloss tantundem pecuniae d. h. der gleiche Betrag zu restituiren sei.

§. 9. Aufstellung des Begriffs auf Grund dieser Stellen.

Es ist nun unsere Aufgabe, die aus den betrachteten Stellen gezogenen Resultate für eine quellenmässige Begriffsbestimmung des depositum irregulare zu verwenden. Stellen wir zunächst die bereits gezogenen Folgerungen zusammen, so ergibt sich, dass:

1) l. 24 u. l. 25 §. 1 dep. ein Gelddepositum mit der Clausel „ut tantundem redderet"

2) l. 26 §. 1 dep. eine Deposition von Geld als fungibler Sache

3) l. 31 loc. eine Deposition von unversiegeltem etc., bloss zugezähltem Geld

noch unter den Begriff des depositum verweist. — Zunächst nun fällt das sub 2) genannte depositum mit dem sub 1) genannten zusammen. Denn die Clausel „ut tantundem redderet"

---

8) Schaffrath a. a. O. pg. 132 oben. 9) a. a. O. pg. 133 u. 134.

ist weiter nichts als eine ausdrückliche Bezeichnung der Fungibilität, wie aus l. 31 loc. hervorgeht, wo das „ejusdem generis reddere“ gleichbedeutend mit „tantundem solvere“ gebraucht wird. Neustetel sucht allerdings einen Unterschied darin, dass bei der Clausel „ut tantundem solveret“ die Absicht ausgesprochen sei, das Eigentum auf den Empfänger zu übertragen, während dies sonst nicht der Fall sei [1]). Aber kann diese Uebertragung etwa fehlen bei der Deposition von Fungibilien als solchen? Folgt nicht die darauf gerichtete Absicht eben aus jener Deposition? Neustetels Unterscheidung beruht nur auf seiner unrichtigen Auslegung der l. 24 dep. [2]), während er von der l. 31 locati gar nichts erwähnt.

Nun fragt es sich, in welcher Weise die sub 3) genannte Folgerung zu verwerten ist. Aus l. 31 locati ergibt sich, dass die gedachte Deposition ebenfalls zur Folge hat, dass nur tantundem restituirt zu werden braucht. Eine solche Eigenschaft ist aber nur beim Vorhandensein der Fungibilität möglich. Da dieselbe jedoch bei einem solchergestalt deponirten Geld durch expressa verba auch ausgeschlossen werden kann, so reducirt sich das Besondere bei diesem depositum auf eine praesumtio juris der Fungibilität [3]), aber nicht der Gebrauchsgestattung, wie Glück u. A. [4]) meinen und was von Schaffrath, wie oben erwähnt, mit Recht widerlegt wird.

Nach diesen Erörterungen geben wir folgenden quellenmässigen Begriff des depositum irregulare:

Man versteht unter einem depositum irregulare die Deposition von Fungibilien als solchen [5]).

---

1) Neustetel a. a. O. pg. 6. 2) Neustetel a. a. O. pg. 18 u. 19. 3) So auch Arndts, Pandecten §. 286; Overbeck l. c. pg. 38 oben; Vangerow a. a. O. pg. 416

4) Hartung, diss. inaug. de deposito irregulari. Erfordiae 1753. §. XXI pg. 27 oben; dann Glück a. a. O. pg. 168; Neustetel a. a. O. pg. 6; Heimbach a. a. O. pg. 493 unten.

5) So schon Overbeck l. c. pg. 37 u. Vangerow a. a. O. pg. 415.

Die auf ein dep. irr. gerichtete Intention der Parteien wird insbesondere vermutet bei der Deposition von unverschlossenem, unversiegeltem und bloss zugezähltem Gelde.

§ 10. Logische Berechtigung dieses Begriffs.

Wir definiren also das depositum irregulare kurzweg als das Depositum fungibler Sachen als solcher.

Dieser Begriff scheint in drei Beziehungen der Natur eines depositum zu widerstreiten, nämlich:

1) In Bezug auf die restitutio in genere.

2) In Bezug auf die Gebrauchsbefugniss des Depositars.

3) In Bezug auf die Gefahrtragung.

Es liegt uns ob, diese scheinbaren Widersprüche zu beseitigen:

ad 1) Es handelt sich hier einfach um die Frage: Ist die restitutio in specie ein essentiale des depositum oder nicht? Aus den Quellen lässt sich das Erstere nicht nachweisen, die namentlich von Dedekind [1]) zahlreich angeführten Stellen [2]) beziehen sich teils auf das Wegfallen der Compensationseinrede beim depositum überhaupt, teils sind sie nicht so entschieden gehalten, um dem Widerspruch unserer vier Fundamentalstellen gegenüber wirksam vorgebracht zu werden. Vom logischen Standpunkt aus fragt es sich aber namentlich, ob eine restitutio in genere mit der beim depositum essentiellen custodia sich vereinigen lasse. Diese Frage ist zu bejahen aus Rücksicht auf Folgendes:

Die custodia beim depositum ist nicht das, was man gewöhnlich unter „Bewachen“ versteht. In l. 1 §. 12 u. 13 dep. wird deutlich gezeigt, wie ein solches Bewachen, welches ja eine Tätigkeit von Seiten des Bewachers in Bezug auf die zu bewachende Sache voraussetzt, nicht unter den Gesichtspunkt des depositum, sondern vielmehr unter den des Mandats

---

1) l. c. pg. 36 not. g. u. k. 2) l. 1. §. 40. dep. 16, 3; §. 3 J. 3, 14; l. 6 de R. V. 6, 1; §. 30 J. de act. 4, 6; l. 11 Cod. dep. 4, 34; l. 14 §. 1 (?) de compens. 16, 2; l. 17 §. 1 dep. 16, 3 u. Novelle 88 cap. I.

fällt. Der „Bewacher“ muss die betr. Sache stets im Auge behalten, darf womöglich nicht von ihr weggehen, muss Räubern und Dieben gegenüber sie speciell verteidigen, kurz er muss eine specielle Tätigkeit entfalten, die er selbst seinen eigenen Sachen nicht in dem Grade zuwenden kann. Namentlich zeigt sich dies dann, wenn eine Dienstmiete den Grund der Bewachung bildet [3]). Der Depositar dagegen haftet vor Allem nur für culpa lata [4]) und hat nur eine diligentia quam suis rebus [5]) zu prästiren. In welcher Weise aber sorgt man denn für die Integrität der eigenen Sachen? In Bezug auf Nichtfungibilien: dass sie nicht verloren gehen und nicht schlechter werden. In Bezug auf Fungibilien: — dass man immer ebensoviel in Bereitschaft hat. Dieses stete Bereithalten bedeutet bei Fungibilien ganz das nämliche, wie bei Nichtfungibilien des Vorhandensein der Sache selbst. Das ist ja eben der Begriff der fungibilia, dass sie in „genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie“ [6]). Wenn Ihering [7]) die Rechte als „geschützte Interessen“ definirt, wird es da nicht klar, dass durch das stete Bereithalten der deponirten Fungibilien die Rechte des Deponenten ebenso gewahrt sind, wie durch das wirkliche Vorhandensein der deponirten species? Gerade dieses stete Bereithalten [8]) ist es ja, was den Depositar der fungiblen Sache vom Darlehensschuldner unterscheidet. In Bezug auf das Interesse des Deponenten hat die stets bereitgehaltene res fungibilis ganz den Character einer deponirten species. Dass man aber ebensogut ein Interesse daran haben kann, Fungibilien zu deponiren, als Nichtfungibilien, daran wird wohl Niemand zweifeln. Man will oft Gelder jeden Augenblick disponibel haben und darum nicht ausleihen, desshalb deponirt man sie bei einem Bankier [9]). — Hält also der Depositar in der gedachten Weise die deponirten Gelder immer in Bereit-

---

3) l. 1 §. 8 dep. 16, 3. 4) l. 5 §. 2 commod. 13, 6. 5) l. 32 dep. 16, 3. 6) l. 2 §. 1 de reb. cred. 17, 1. 7) Ihering, Geist des röm. Rechts §. 60 u. 61. 8) l. 24 dep. (. . . confestim tibi numerabo. . .). 9) Vangerow a. a. O. pg. 416.

schaft, so erfüllt er gewiss custodia quam suis rebus und es lässt sich also die Fungibilität des Objects mit dem Begriff der custodia ganz gut vereinigen. —

Die Rückgabe in specie kann desshalb nicht als essentiale des depositum betrachtet werden.

ad 2) Gehen wir von dem in §. 2 aufgestellten Grundgedanken aus, so scheint das jus utendi allerdings den einseitigen Vorteil aus dem Depositalvertrag zu alteriren. Allein man darf nicht vergessen, dass dieses jus utendi nur aus der Fungibilität des Depositalobjects fliesst, und dass das Erforderniss des steten Bereithaltens einen realen Vorteil aus der Gebrauchsbefugniss kaum entstehen lässt[10]), sondern dieser eigentlich nur aus der Combination mehrerer Depositen mittelst der Wahrscheinlichkeitsrechnung in Bezug auf die Rückforderung deducirt werden kann. Aber abgesehen hievon ist es ja dem Deponenten freigestellt, sich ex pacto[11]) Zinsen zu sichern und so den Vorteil des Depositars auf das möglichst geringe Mass herabzumindern. Hält man, wie gesagt, immer fest, dass das jus utendi des Depositars ein lediglich zufälliges, aus der Fungibilität des Objects fliessendes, in der Intention der Parteien ursprünglich gar nicht gelegenes ist, so wird man es mit der Natur des depositum ganz vereinbar finden. Ja es kann sogar vorkommen[12]), dass auch an Nichtfungibilien ein solches jus utendi sich ergibt, nämlich dann, wenn dieselben durch Nichtgebrauch an Wert verlieren würden, z. B. ein edles Reitpferd, wenn es nicht geritten wird. Dann fliesst der Gebrauch aus der custodia, die ja eine Verschlechterung des Objects verhindern muss. Gerade dies zeigt, wie das jus utendi sogar zu einem officium utendi werden kann und desshalb das Hauptprincip immer der Vorteil des Deponenten bilden muss. Das jus utendi ist also ebenfalls mit der Natur des depositum vollständig vereinbar.

---

10) Vangerow a. a. O. pg. 420. 11) l. 24 u. l. 26 §. 1 dep. 16, 3. 12) Darauf hat bloss Hartung hingewiesen: a. a. O. (diss. de dep. irr. 1753). §. XII.

ad 3) Auch dieser Widerspruch ist nur ein scheinbarer, denn dass die Gefahrtragung des Deponenten kein essentiale des depositum ist, erhellt schon aus den Quellen, wonach die Gefahrtragung ex pacto[13]) dem Depositar auferlegt werden kann, um wie viel mehr also, wenn sie schon aus der Natur[14]) des Depositatobjects mit Notwendigkeit für den Depositar sich ergibt.

Nachdem wir auf diese Weise die logische und quellenmässige Berechtigung des von uns aufgestellten Begriffs nachgewiesen haben, bleibt noch übrig, definitiv eine Verirrung abzuweisen, zu welcher viele Verteidiger des depositum irregulare infolge eines falsch gewählten Gesichtspunktes gelangt sind[15]). Wir meinen das „depositum irregulare an Nichtfungibilien". Dasselbe wird nur von Denen angenommen, welche die Irregularität des depositum irregulare lediglich in der Gebrauchsbefugniss suchen[16]). Eine richtige Erkenntniss der Depositalnatur muss sicher zur Verwerfung dieses Standpunkts führen. Denn der usus bei Nichtfungibilien ist ja etwas ganz Anderes als der usus bei Fungibilien. Der letztere wird durch das Erforderniss des steten Bereithaltens im extremen Fall sogar unmöglich, der erstere aber wird dadurch im Princip gar nicht alterirt, er begründet daher einen unvermeidlichen realen Vorteil für den Depositar, und muss also dem Princip der gratuitas entschieden widerstreiten. Desshalb ist ja auch kein dem Mutuum analoges precarium an Fungibilien überliefert, eben weil es den principiellen Vorteil des Precaristen nicht verfolgen könnte, während es doch begrifflich nicht ausgeschlossen wäre. Aber ein solches precarium wäre de facto eigentlich ein depositum irregulare und ein depositum mit Gebrauchsgestattung an Nichtfungibilien wäre de facto ein precarium[17]). Und ebenso wie ein

13) l. 1 §. 35 depos. 16, 3. 14) l. 42 de jure dotium 23, 3.

15) Nettelbladt l. c. §. 38 ff. Schmid a. a. O. pg. 97 ff. Dagegen schon Dedekind l. c. §. 60; Overbeck l. c. §. 21 pg. 37; Glück a. a. O. pg. 169 ff.; Neustetel a. a. O. pg. 23 ff.

16) So schon Nettelbladt l. c. §. 30 u. namentlich Schmid a. a. O. pg. 79. 17) Overbeck l. c. pg. 37 note.

precarium an Fungibilien als solches unmöglich ist, weil es dem Begriffe des precarium entgegensteht, ebenso ist auch ein depositum von Nichtfungibilien als solches unmöglich. Mag man von der Intention der Parteien[18]) reden, soviel man will, dieselbe kann legale termini technici nicht auf Contracte anwenden, welche in begrifflichem Widerspruch mit denselben stehen und eben desshalb legaliter mit einem andern terminus technicus bedacht werden, denn sonst hätte man die ganze Terminologie nicht nötig. — In dieser Weise ist mit wenigen Worten die weitschweifige Doctrin Schmid's vom Bestehen eines depositum irregulare principiell zurückzuweisen[19]), ganz abgesehen davon, dass hierüber in den Quellen gar nichts überliefert ist.

Höchstens dürfte die Intention der Parteien soviel bewirken, dass ein solches Geschäft als contractus mixtus[20]) angesehen werden kann, aber auch dies nur bei der precaristischen[21]) Gebrauchseinräumung; doch wird auch dann präsumirt werden müssen, dass die Parteien ein precarium oder einen Innominatcontract beabsichtigt haben. Das Commodat aber widerstreitet jeder Vermischung mit dem depositum.

II. Abschnitt.

Betrachtung einiger controverser Specialfälle.

§. 11. Vorbemerkungen.

Wir kommen jetzt zu dem Gebiet, welches eigentlich die Ursache gebildet hat, dass die Lehre vom depositum irregulare zu einer so bestrittenen geworden. Durch strenges Festhalten, namentlich der in §. 2. aufgestellten Grundsätze wird es aber auch hier möglich sein, eine klare Anschauung zu gewinnen. Zur Sichtung des Quellenmaterials sind zunächst einige allgemeine Bemerkungen nötig:

18) Schmid a. a. O. pg. 106. 19) Vgl. die eingehende Erörterung in §. 2. 20) Dedekind l. c. §. 67 ff. 21) Gegen Neustetel. a. a. O. pg. 26. u. Dedekind l. c. §. 60.

Alle hierher gehörigen Fragmente handeln von Gelddepositen und zwar teils von regulären, teils von irregulären. Die Fälle von regulären Gelddepositen sind desshalb einer Betrachtung zu unterziehen, weil sie sämmtlich eine Gebrauchsgestattung enthalten, die sie aber nicht zu irregulären macht, wie es bei dem namentlich von Schmid[1]) verteidigten Standpunkt consequentermassen der Fall sein müsste, sondern durch welche sie in ein mutuum umgewandelt werden. Die Fragmente beziehen sich im Wesentlichen darauf, wann diese Verwandlung vor sich geht, ob schon mit der Gebrauchsgewährung oder erst mit dem wirklich erfolgten Gebrauch und hiebei scheinen manche Fragmente sich geradezu zu widersprechen. Die Aufgabe dieses Abschnitts soll darin bestehen, diese Widersprüche zu lösen.

Wir haben die einzelnen Fragmente zu Gruppen gleichartiger Fälle zusammengestellt und wollen diese nun der Reihe nach behandeln.

§. 12. Die Fälle von l. 9 §. 9 de R. C. und l. 34 pr. mandati.

Diese Fälle behandeln ein reguläres Gelddepositum, welches durch nachherige Uebereinkunft der Parteien in ein mutuum verwandelt wird.

l. 9 §. 9 de R. C. 12, 1. Ulpian libro XXVI ad Edictum: „Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur condicere quasi mutua tibi haec posse, ajunt; et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et poterit ei condici.“

Von dem allgemeinen Grundsatz ausgehend, dass die Regularität des depositum immer präsumirt[1]) werden muss, können wir in der Stelle nur ein reguläres Depositum[2]) con-

1) Schmid a. a. O. pg 79.

1) l. 11 §. 1 D. 19, 1.

2) So namentlich gegen Schmid a. a. O. pg. 91, der annimmt, es sei irregulär deponirt worden, aber da diese Irregularität erst durch den erfolgten Gebrauch ins Leben trete, so habe der Depositar das Depositum als ein reguläres bestehen lassen, indem er es nicht angriff. — Eine sehr geschraubte Erklärung!!

statiren. Dies unterstützen ausserdem noch folgende Momente:

1) Der ausdrückliche Uebergang des periculum vom Deponenten auf den nunmehrigen Mutuar. Das depositum irregulare bringt die Gefahrtragung des Depositar begrifflich mit sich, da genus „non perit“ [3]).

2) Die brevi manu traditio („animo enim coepit possidere“), die in der Stelle auf die Zeit der Umwandlungsübereinkunft verlegt wird und bei einem vorhergehenden depositum irregulare unmöglich wäre, weil ja dort dem Depositar von vorneherein das Eigentum an der deponirten Sache übertragen wird [4]).

Alles dies folgt lediglich aus dem Begriff: depositum einer fungiblen Sache als solcher.

Die Stelle redet also von einen depositum regulare und constatirt, dass ein solches im Augenblick einer dies beabsichtigenden Uebereinkunft in ein Mutuum umgewandelt werde. Denn eine Uebereinkunft ist offenbar geschlossen, wenn auf ein vorhergehendes rogare des Depositars ein permittere des Deponenten folgt, da ja dieses rogare der einfache Ausdruck einer Offerte ist. In concreto geschieht diese Uebereinkunft „postea“, also nicht ab initio, wir werden später sehen, ob dies auf die Entscheidung von Einfluss ist. Der Inhalt des Fragments ist also kurz folgender: Wird auf Begehren des Depositars ein schon bestehendes reguläres Geld-depositum in ein Mutuum umgewandelt, so tritt diese Umwandlung sofort mit dem Abschlusse der Uebereinkunft, also in concreto mit der Zustimmung des Deponenten, in Wirksamkeit [5]). — Die ratio legis ist eine sehr natürliche und ergibt sich als einfache Consequenz des Begriffs vom depositum irregulare. Denn dass hier ein solches nicht stattfinden kann, erhellt daraus, dass durch die ausdrückliche Gebrauchsgewährung von Seiten des Deponenten dieser sich seines be-

3) l. 42 de jure dotium 23, 3; 4) l. 2 §. 1 de reb. cred. 12, 1.

5) So auch Glück a. a. O. pg. 155; Neustetel a. a. O. pg. 7; Vangerow a. a. O. pg. 422; auch Arndts a. a. O. §. 286; dann Schaffrath a. a. O. pg. 116 u. von seinem Standpunkt aus auch Heimbach a. a. O. pg. 435.

liebigen Rückforderungsrechtes, das ja ein essentiale[6]) des depositum und also [7]) auch des depositum irregulare ist, jedenfalls bis zu einem gewissen [8]) Grade begeben habe. Eine neue Bestätigung, dass man die Irregularität nicht in das jus utendi setzen darf!

l. 34 pr. mandati 17, 1. Africanus libro VIII Quaestionum: „. . . . . Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc numi, qui mei erant, tui fiunt. . . . . ". — Dass auch in dieser Stelle von einem depositum regulare die Rede ist, erhellt aus den Worten: „qui mei erant, tui fiunt", da ja beim depositum irregulare das Eigentum begrifflich schon von vorneherein [9]) auf den Depositar übergegangen ist. Darüber kann also kein Zweifel sein. Im Uebrigen ist die Stelle bloss eine Verallgemeinerung des in l. 9 §. 9 de reb. cred. aufgestellten Grundsatzes und dieser erhält darnach folgende Gestalt: Im Augenblick („tunc") der Uebereinkunft, dass ein bestehendes depositum regulare in ein mutuum umgewandelt werden soll, tritt diese Umwandlung auch in rechtliche Wirksamkeit. Wir sehen, dass die Verallgemeinerung in dem Fehlen des rogare und des postea besteht, die Uebereinkunft kann also auch auf die Initiative des Deponenten hin und von vorneherein geschlossen werden.

Dieser in l. 34 pr. mandati ausgesprochene Satz bildet gleichsam das Princip, wonach die übrigen hier einschlagenden Fälle zu behandeln sind. Desshalb wird es sich bei diesen nur um die Frage zu handeln haben, wann diese Uebereinkunft als wirklich geschlossen [10]) angesehen werden kann. Der in l. 9 § 9 de R. C. behandelte Fall ist der, wo diese Uebereinkunft durch den Consens des Deponenten zu der Offerte des Depositars geschlossen wird. —

Diesem hier aufgestellten Grundsatz kann auch eine

6) cf. §. 10 sub 1). 7) cf. §. 1. 8) da ja im Princip ein Gebrauchsrecht an Fungibilien mit beliebiger Rückforderung wegen der Natur der Fungibilien eigentlich nicht denkbar ist cf. §. 10 in fine. 9) cit. l. 2 §. 1 de reb. cred. 12, 1; l. 42 de jure dotium 23, 3. 10) So auch Vangerow a. a. O. pg. 422.

weitere, von Heimbach[11]) benutzte Stelle nicht widersprechen, wenn sie richtig unterpretirt wird, nämlich: Paulus sent. recept. II. 12. §. 9: „Si pecuniam deposuero eamque tibi permisero, mutua magis videtur, quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit". Denn auch hier ist ein reguläres Depositum vorhanden, das durch Uebereinkunft der Parteien in ein mutuum umgewandelt wird. Dies erhellt schon aus dem erst im Augenblick der Uebereinkunft („per hoc") bewirkten Uebergang des periculum. Dass aber hier der Zeitpunkt der Uebereinkunft in das permittere gesetzt wird („per hoc"), scheint darauf hinzudeuten, dass auch hier, wie bei der cit. l. 9 §. 9 de R. C. ein rogare oder sonst eine Initiative von Seiten des Depositars vorausgegangen ist. In dieser Weise interpretirt, ist die Stelle nicht nur kein Widerspruch, sondern sogar eine Bestätigung des aufgestellten allgemeinen Grundsatzes.

§. 13. Die Fälle von l. 10 de reb. cred. und l. 1 §. 34 depositi.

Diese beiden Fragmente scheinen auf den ersten Anblick den soeben entwickelten Grundsätzen vollständig zu widersprechen[1]). Da sie wesentlich den gleichen Inhalt haben resp. sich gegenseitig ergänzen, so wäre eine getrennte Besprechung unpraktisch.

l. 10 de reb. cred. 12, 1. Ulpian libro II ad Edictum: „Quod si ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum."

l. 1 §. 34 depositi. Ulpian libro XXX ad Edictum: „Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris, priusquam utaris, depositi teneberis."

---

11) a. a. O. pg. 436. 1) Vgl. hierüber Jesnitzer l. c. §. XI. sqq.; Nettelbladt l. c. §. 84 sqq. Dedekind l. c. §. 37; Hartung l. c. §. 17. sqq.; Overbeck l. c. §. 22; Glück a. a. O. pg. 155 ff.; Neustetel a. a. O. pg. 7 ff.; Schmid a. a. O. pg. 93 ff.; Heimbach a. a. O. pg. 134 u. 436 ff.; Schaffrath a. a. O. pg. 112; Vangerow a. a. O. pg. 422 in medio.

Zunächst ist festzustellen, dass auch in diesen beiden Gesetzen von einem depositum regulare und dessen Verwandlung in ein mutuum die Rede ist. Für das erstere spricht ausser der praesumptio regularitatis noch der Umstand, dass es andernfalls unmöglich wäre, den Anfangspunkt des Gebrauches als Zeitpunkt der geschehenen Willensäusserung des Depositars zu nehmen, da dieser ja beim depositum irregulare begrifflich das Eigentum der deponirten Sache und infolge dessen auch, soweit es sich mit der steten Bereithaltung von ebensoviel verträgt, auch das Gebrauchsrecht hat, also eine Ausübung desselben an sich schon dem Geschäft keinen anderen Character geben kann [2]).

Dass aber mit der ausdrücklichen Gebrauchserlaubniss eine Verwandlung in ein mutuum beabsichtigt war, erhellt daraus, dass der Deponent dadurch jedenfalls bis zu einem gewissen Grade sich seines beliebigen Rückforderungsrechtes begeben und damit auf die Vorteile eines depositum gleichsam Verzicht geleistet hat.

Nach dem in l. 34 pr. mandati aufgestellten Princip nun tritt diese Umwandlung sogleich mit der erfolgten Uebereinkunft in Wirksamkeit und es fragt sich nur, wann man dieselben als geschlossen betrachten kann. Da nun die Stellen ausdrücklich sagen, dass in concreto die Umwandlung mit dem wirklichen Beginn des Gebrauches zusammenfällt, so muss man eben annehmen, dass in concreto auch der Abschluss der Uebereinkunft mit dem wirklichen Beginn des Gebrauches zusammenfällt, resp. dass die zur Uebereinkunft nötige Willenserklärung des Depositars eben durch diesen factischen Gebrauch der deponirten Sache erfolgt sei.

Dass eine Willenserklärung in dieser Art möglich ist, wird wohl Niemand leugnen wollen. Wenn sie aber möglich ist, so ist kein Grund vorhanden, einen vermeintlichen Widerspruch dieser Stellen mit den klaren Worten der l. 34 pr. mandati durch unwahrscheinliche Annahmen heben zu wollen, wie dies von Neustetel und Heimbach ge-

2) Dies wird auch von den meisten Andern vorausgesetzt.

schieht. Denn die l. 34 pr. enthält das allgemeine Princip, während die vorliegenden Fragmente bloss concrete Anwendungen davon sind. Die Römer liebten es, ihre Rechtssätze casuistisch zu fassen und die Interpretation muss desshalb um so vorsichtiger sein. Wenn zwei scheinbar sich widersprechende Stellen sich durch die restrictive Interpretation einer derselben vereinigen lassen, so muss man darauf sehen, welche von beiden die allgemeine Regel enthält und dieser die andere unterordnen. So auch in unserm Fall. l. 34 pr. enthält ein allgemeines Princip, die vorliegenden Fragmente sind bloss praktische Fälle. Das, was die letzteren aussprechen, müssen wir desshalb, damit sie dem allgemeinen Princip nicht widersprechen, auf den Fall beschränken, dass eine Willenserklärung anderer Art vor dem Beginn des Gebrauchs von Seiten des Depositars eben nicht erfolgt, und dürfen annehmen, dass für den entgegengesetzten Fall das Depositum eben schon vor dem Beginn des Gebrauches, d. h. mit dem Abschliessen der Uebereinkunft zu Stande gegekommen wäre. [3]) Es wäre dies natürlich unmöglich, wenn, wie in l. 9 §. 9 von Seiten des Depositars die Initiative ergangen wäre, aber dies ist in concreto sogar nicht einmal wahrscheinlich. Denn die Worte ab initio deuten eher darauf, dass der Deponent („quum deponerem") dem Depositar ein diesbezügliches Anerbieten gemacht hat. Wir sehen auch jetzt, dass die Worte „postea" und ab initio in den anscheinend widersprechenden Stellen ohne weitere Bedeutung sind, da es auch nach dem in l. 34 pr. mand. aufgestellten Princip gleichgültig erscheint, ob eine solche Uebereinkunft schon zu Anfang des depositum oder erst später geschlossen wird. In dieser Weise interpretirt, dass also die Umwandlung bloss desshalb erst mit dem erfolgten Gebrauch in Wirksamkeit

3) Nicht ganz dieser Ansicht ist Vangerow (a. a. O. pg. 422 unten), der einen „mit dem Depositum von vorneherein verbundenen eventuellen Darlehensvertrag" annimmt, die Entscheidungsgründe Ulpians aber verschweigt, indem er sie bloss als sehr „begreiflich" erklärt.

tritt, weil in concreto [4]) in dem Beginn des Gebrauches die eigentliche Consenserklärung des Depositars zu der ihm von dem Deponenten gemachten Proposition liegt: bieten die besprochenen Stellen keinen Widerspruch mit dem in §. 11 aufgestellten Principe dar, sondern sind blosse concrete Anwendungen desselben.

Anmerkung. Die Meinung von Neustetel und Heimbach, die in dem „si voles“ u. „si voluisses“ Potestativbedingungen erblicken, ist ausser diesen speciellen Gründen auch noch vom Standpunkte der Logik aus verwerflich. Denn es sind nur zwei Fälle möglich. Entweder hat der Depositar vor Eintritt der „Bedingung“ noch keine Erklärung abgegeben, dann ist eben noch keine Uebereinkunft vorhanden (denn sonst wäre jede Offerte ein potestativ bedingtes Rechtsgeschäft). Oder der Depositar hat vor Eintreten der Bedingung bereits seinen Willen erklärt: dann kann er dies nur nach der Formel getan haben: „faciam, si volam“, welche eine conditio juris enthält und desshalb von keiner rechtlichen Bedeutung ist (l. 8 de oblig. 44, 7 u. l. 11 §. 7 de legatis III). Vermächtnisse aber sind keine Verträge; desshalb von Neustetel u. Heimbach unrichtig hierhergezogen. Denn der Legatar kann ja seinen Willen beim Vermachen gar nicht erklären, und wenn er post mortem seinen Willen erklärt, — existit conditio.

§. 14. Der Fall von l. 4. pr. de reb. cred. [1])

Ulpian libro XXXIV ad Sabinum: „Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia desideravis mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine,

---

4) So erklären auch Schmid (a. a. O. pg. 93), Overbeck (l. c. pg. 39). Glück (a. a. O. pg. 156 unten) geht zu weit, wenn er sagt: „da hier der Deponent den Gebrauch des Geldes selbst angeboten hat, so kann der Wille des Depositars nur durch den wirklichen Gebrauch erklärt werden.“ Vgl. namentlich die erschöpfende Ausführung bei Schaffrath a. a. O. pg. 114 ff.

1) cf. Nettelbladt l. c. §. 61. note. pg. 75 unten; Dedekind l. c. §. 37 Scholion II. pg. 58 unten und pg. 59; Glück a. a. O. pg. 179 ff.; Schmid a. a. O. pg. 92. In der übrigen Literatur findet sich keine nähere Besprechung.

antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit."

Eine auch nur flüchtige Betrachtung dieses Fragments zeigt, dass auch hier ein Depositum vorliegt, welches in einem gewissen Zeitpunkte in ein Darlehen umgewandelt werden soll. Die Stelle ist also ebenfalls eine concrete Anwendung des in l. 34 pr. mand. aufgestellten Princips. Eigentümlichkeiten sind hier nur:

1) Dass der Depositar selber die Initiative zu dem Darlehensvertrag gegeben hat („nec causam foenerandi habuerit" — „mutuam pecuniam desideravis"). Es wäre also zunächst der analoge Fall von l. 9 §. 9 de reb. cred. herbeizuziehen, da ja das „postea" wie im vorigen §. bewiesen, zur Entscheidung keinen Einfluss hat.

2) Dass hier von einer wirklichen Bedingung die Rede ist („ut, si emisses, — obligatus esses"). Das „si emisses" ist nicht gleichbedeutend mit „si voluisses", denn der Kauf beruht ja nicht im Willen des Käufers allein; die Bedingung ist also weder eine postestative, noch eine casuale, sondern eine gemischte und jedenfalls eine wahre Bedingung. Daraus folgt mit Notwendigkeit, dass die Uebereinkunft bezüglich des Darlehens erst mit dem Eintritt der Bedingung eine rechtliche Wirksamkeit erhält, dass also hier ganz der Regel nach, das Darlehen erst mit dem Abschluss des fraglichen Kaufes seinen Anfang nimmt.

Soweit wäre die Sache also ganz in der Ordnung. Nun heisst es aber in der Stelle ausdrücklich, dass der Depositar schon vor Abschluss des Kaufes, also von vorneherein das periculum zu tragen habe. Davon enthalten die bisher besprochenen Stellen nichts und desshalb scheint ein Widerspruch vorzuliegen. Derselbe wird sich aber leicht lösen, wenn wir untersuchen, auf welche Art ein solches periculum

für den Depositar überhaupt erwächst. Es kann dies nämlich auf folgende Arten geschehen:

1) Das Depositum ist ein irreguläres, dann geht die Gefahrtragung begrifflich auf den Depositar über. Eine entgegenstehende Verabredung würde dem Begriff der Fungibilität widerstreiten. Trotzdem ist aber das Factum der Gefahrtragung auf Seite des Depositars kein Beweis für die Irregularität des betr. Depositum und da die Regularität stets vermutet werden muss, so können wir nicht [2]) annehmen, dass in der Stelle von einem depositum irregulare und dessen Verwandlung in ein mutuum die Rede. Dies wird auch schon desshalb unwahrscheinlich, weil ja der Depositar das fragliche Darlehen vor dem Kaufe wahrscheinlich bloss desshalb nicht will, weil er keine Zinsen zahlen möchte, und der Deponent desshalb auch nicht der Gefahr der Insolvenz des Depositars sich aussetzen will und daher das Geld als bis zu dem Kaufe in seinem (des Deponenten) Eigentum verbleibendes d. h. regulär deponiren wird. Dies kann also in concreto den Grund nicht bilden, dass der Depositar die Gefahr tragen soll.

2) Das Depositum ist ein reguläres, und es wird ausdrücklich ausgemacht, dass der Depositar trotzdem die Gefahr tragen sollte. Dass eine solche Uebereinkunft möglich ist, beweisen viele Stellen [3]). Glück [4]) sucht in einer derartigen Abmachung sogar einen Fall von depositum irregulare, was aber nach früheren [5]) Erörterungen sich nicht durchführen lässt. — Dass jedoch hier eine solche Abmachung nicht den Grund des Gefahrübergangs bildet, erhellt daraus, dass das Gesetz diesen Fall gar nicht berührt und trotzdem einen Uebergang der Gefahr statuirt.

3) Das Depositum ist ein reguläres und es geht trotzdem infolge ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung aus-

---

2) So namentlich gegen Schmid (a. a. O. pg. 92), der ein dep. irr. annimmt. 3) l. 1 §. 35 depositi 16, 3; l. 39 mandati 17, 1; l. 7 §. 15 de pactis 2, 14. 4) a. a. O. pg. 152. 5) Vgl. §. 1 Anmerk. u. §. 3 Anmerkung.

nahmsweise das periculum auf den Depositar über. Dies ist der einzige hier zulässige Grund des Uebergangs. Die ratio legis dabei anlangend, so lässt sich entweder denken, dass der Depositar, um das künftige Darlehen möglich zu machen, sich dem nec causam nec propositum foenerandi habenti Deponenten selbst zur Uebernahme des depositum erboten hat, wo dann die Bestimmung in l. 1 §. 35 depositi in Anwendung käme, oder aber dass diese Gefahrtragung zur Erhaltung der gratuitas aus billiger Rücksicht auf den sonst hervortretenden Nutzen [6]) des Depositars ausnahmsweise angeordnet sei. Das Erstere ist jedoch einerseits wahrscheinlicher, weil ja doch die erste Initiative von dem Kauflustigen ausgegangen sein wird, anderseits dem Character des depositum entsprechender.

Es erübrigt noch, zu erörtern, ob in dem „periculum" in concreto auch die casus fortuiti mit inbegriffen sind, oder ob es sich bloss auf die Prästation von culpa levissima beschränkt. Glück [7]) nimmt das Erstere an und beruft sich dabei auf den letzten Teil des Fragments, sowie auf l. 11 de reb. creditis, indem er auch den wesentlichen Nutzen [8]) des Depositars als Grund von dessen Gefahrtragung hervorhebt. Aber der Nutzen des Depositars ist kein genügender Grund, um daraus die Haftung für casus fortuiti zu deduciren, da die l. 5 §. 2 commodati 13,6 aus dem Nutzen nur eine Haftung für culpa levis entstehen lässt. Was aber die ad analogiam genommenen Stellen betrifft, so sind sie Beispiele des bekannten contractus mohatrae [9]), der höchstens als Commodat mit bedingter Umwandlung in ein Darlehen verbunden, nie aber als ein in ein Darlehen umzuwandelndes depositum erscheinen kann, da die Bedingung des Verkaufs lediglich in den Willen des Anleihers gelegt und also von vorneherein das Geschäft zu dessen **wesentlichem** Nutzen abge-

6) So nimmt Glück an (a. a. O. pg. 179). 7) Glück a. a. O. pg. 180 8) Darauf stützt sich wesentlich die eingehende Erörterung bei Nettelbladt l. c. §. 53 not. pg. 63 unten u. pg. 64.

9) cf. Arndts, a. a. O. §. 280 Anm. 4; Windscheid, a. a. O. §. 370 not. 10, 6,

schlossen ist. Diese Stellen können also nicht hierhergezogen werden und dass unser Fragment darauf hinweist, hat bloss seinen Grund darin, dass es dadurch analoge Fälle für das periculum überhaupt bringen will. Desshalb muss gemäss den in l. 1 §. 35 dep. u. l. 5 §. 2 commod. gegebenen allgemeinen Regeln angenommen werden, dass das periculum hier eine Haftung für casus fortuiti nicht in sich begreift.

In dieser Weise erledigen sich alle Schwierigkeiten dieser Stelle und dieselbe erscheint darnach nur als eine einfache Anwendung des in l. 34 pr. mandati aufgestellten und von uns stets festgehaltenen Princips.

§. 15. Die Fälle von l. 28 und l. 29 §. 1 depositi.

Diese Fragmente sind keine Anwendungen des öfter erwähnten Princips, sondern sie enthalten einfache Fälle vom depositum irregulare, die bloss infolge sprachlicher Ungenauigkeit einen scheinbaren Widerspruch mit andern Stellen enthalten.

l. 28 depositi 16, 3. Scaevola libro I. Responsarum: „Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta. Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Vigintiquinque numorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ita hac epistola facio, ad ratiunculam meam ea pervenisse, quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint, id est, ut usuras eorum accipias, curae habebo.

Quaesitum est, an ex ea epistola etiam usurae peti possunt. Respondi, deberi ex bonae fidei judicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est.“ [1])

Der im ersten Absatz enthaltene casus zeigt uns zunächst, dass hier von einem depositum regulare keine Rede sein kann. Denn der Ausdruck „ad ratiunculam pervenire“ deutet schon an, dass es sich hier gleichsam um ein Gutschreiben handelt und dass die in der Stelle vorkommenden

1) cf. Neustetel a. a. O. pg. 14; Schmid a. a. O. pg. 87 ff; auch Nettelbladt l. c. §. 49 pg. 53 ff. u. Dedekind l. c. §. 37. Scholion II. pg. 60.

Personen in einer Geschäftsverbindung stehen, welche jeder Regularität eines Gelddepositum widerstrebt. Ausserdem aber würden auch die Worte „ne vacua tibi sint", keinen vernünftigen Sinn geben, denn für ein todtes Capital noch Zinsen zu versprechen, nur damit der Deponent keinen Verlust erleide, das ginge doch über die gratuitas des depositum.

Aus dem Responsum aber entnehmen wir, dass das fragliche Geschäft auch kein mutuum sein kann, denn sonst dürfte von einem bonae fidei judicium keine Rede sein.

Es kann also die Stelle nur von einem depositum irregulare handeln. Ihr Inhalt bezieht sich darauf, dass bei einem solchen Geschäft eine Zinspflicht bestehe, und zwar sowohl wenn der Depositar selbst daraus Zinsen gezogen als auch wenn er das Geld zu seinem eigenen Nutzen verwendet hat. [2])

Wir haben diese Stelle nur vorangestellt, um sie als Folium für die nun folgende vielbestrittene l. 29 §. 1 dep. dienen zu lassen.

l. 29 §. 1 depositi 16, 3. Paulus libro II Sententiarum: „Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine praestare mihi cogitur." [3])

Betrachtet man den Inhalt dieser Stelle mit Unbefangenheit, so muss man finden, dass sie weiter nichts ist, als eine Wiederholung der l. 28 eodem in allgemeinerer Fassung; Denn aus dem Ausdruck „bonae fidei judiciis" geht ganz klar hervor, dass es sich hier zunächst um ein depositum handelt. Dass dies aber ein depositum irregulare ist, darauf deutet der Ausdruck ex permissu. Allerdings ist

---

2) Über diese Controverse später, cf. §. 17. 3) Vgl. hierüber Overbeck l. c. §. 22. pg. 40 ff; Neustetel a. a. O. pg. 12 ff; Schmid a. a. O. pg. 94; Glück a. a. O. 169; Heimbach a. a. O. pg. 435; Schaffrath a. a. O. pg. 117 ff.; Vangerow a. a. O. pg. 418 u. 419. dann Huschke in Linde's Zeitschr. f. Civ. r. u. Pr. Neue Folge. Bd. II. pg. 150 ff.; dagegen Emmerich in der gleichen Zeitschr. N. F. Bd. XVIII. pg. 117 ff.; Windscheid, a. a. O. §. 379 not. 6.

1) in l. 10 de reb. creditis auch von einem permittere die Rede und daran die Verwandlung des Geschäfts in ein mutuum geknüpft, aber es heisst dort ausdrücklich: „postea permisi“, was nur von einer ausdrücklichen späteren Gebrauchserlaubniss gesagt werden kann, während das Wort permittere an sich mehr bedeutet „geschehen lassen“, „nichts dazu sagen, wenn es geschieht.“ [4]) Dadurch, dass die Erlaubniss erst später gegeben wird, muss sie eine ausdrückliche sein.

2) l. 10 de reb. cred. redet zwar ebenfalls von einem permittere, aber mit Beifügung der Worte „si voles.“ Auch dadurch ist für diese Stelle die Möglichkeit einer stillschweigenden Gebrauchsgestattung ausgeschlossen.

Da aber permittere an sich wie oben erwähnt, die stillschweigende Gebrauchsgestattung sogar eher ausdrückt, wie die mit Worten geschehene, da ferner die obigen Stellen eine stillschweigende Gebrauchsgesattung ausschliessen, da endlich in l. 29 pr. als Gegensatz zur Gebrauchsgestattung im Allgemeinen der unerlaubte Gebrauch besprochen wird, so kann man wohl mit Sicherheit annehmen, dass in der fraglichen Stelle nur von einer stillschweigenden Gebrauchsgestattung die Rede ist, d. h. von derjenigen, welche bei dem irregulären Depositum von selbst dem Depositar zufällt. [5]) Mit dieser Annahme aber ist die Stelle eine höchst einfache und klare Besprechung der aus dem depositum irregulare erwachsenden Zinspflicht.

Alle anderen Auslegungen des Fragments befriedigen entweder nicht, oder sie sind unwahrscheinlich.

Overbeck versucht gar nicht den Widerspruch zu lösen, sondern nimmt einen wirklichen Streit unter den römischen Juristen an. Neustetel will auf die Intention der Parteien gesehen wissen, die hier erteilte Erlaubniss „sei nicht von der Art, um daraus mit Gewissheit zu schlie-

---

4) Scheller, lat. deutsch. Handlexikon. 1820. pg. 1083.

5) Diese Erklärung hat zuerst Frantzke, Comm. in Pand. tit. depositi nro. 28. ferner Vangerow a. a. O. pg. 418 unten u. 419.

sen oder mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Parteien mittelst der Novation das Depositum in ein mutuum haben verwandeln wollen." Diese Erklärung kann in keiner Weise befriedigen. Glück [6]) schliesst sich keiner Auslegung entschieden an. Dagegen Schmid [7]) geht von dem Gedanken aus, eine fungible Sache sei in den Zustand einer speciellen versetzt, regulär deponirt, und ihr dann durch die Gebrauchserlaubniss die Fungibilität wiedergegeben worden, wesshalb sich hier das depositum regulare nicht, wie sonst in ein mutuum sondern in ein depositum irregulare verwandeln müsse. Woher Schmid aber weiss, dass die Sache zuerst regulär deponirt wurde, das ist ein Geheimniss. — Schaffrath [8]) will gar annehmen, dass eine Verwandlung in ein mutuum erfolgt sei, welches man aber in Betreff der Zinsen als negotium bonae fidei betrachten dürfe, weil die condictio mutui infolge der Novation aus dem depositum noch „einige Eigentümlichkeiten einer bonae fidei actio behalten zu haben scheine", eine Erklärung, die gar keiner Wiederlegung bedarf [9]). Windscheid [10]) meint, man dürfe die Erlaubniss, von welcher die fragliche Stelle redet, als später gegebene Erlaubniss auffassen. Aber dann wäre der Widerspruch mit l. 9 §. 9 de reb. cred. doch zu auffallend, um ihn bloss aus der verschiedenen Intention der Parteien erklären zu können. — Was endlich die von Huschke [11]) vorgeschlagene Conjectur „impermissu" statt „ex permissu" betrifft, so ist freilich nicht zu bestreiten, dass dieselbe den Widerspruch heben würde. Aber abgesehen davon, dass eine solche Textänderung doch nur im äussersten Notfall am Platze ist und jeder anderen, einigermassen möglich erscheinenden Erklärung zu weichen hat, ist es hier sogar nicht

---

6) a. a. O. pg. 169. 7) a. a. O. pg. 93. 8) a. a. O. pg. 117.

9) Heimbach a. a. O. pg. 435 löst sich den Widerspruch in seiner Weise, indem er hier, weil er es gerade braucht, wieder die actio depositi „hervortreten" lässt. Damit ist aber in keiner Weise geholfen. Vgl. auch das bei note 14. in §. 6 Gesagte.

10) a. a. O. §. 379. not. 6. 11) a. a. O. pg. 151 in medio.

einmal wahrscheinlich, dass ein unerlaubter Gebrauch sollte stattgefunden haben, denn

1) ist es höchst sonderbar, dass Paulus das bereits in l. 29 pr. Besprochene unmittelbar darauf in l. 29 §. 1 noch einmal wiederholen sollte, während doch gerade bei solchen unmittelbar aufeinander folgenden Rechtssätzen oft ein Gegensatz beliebt wird, und

2) wäre es auffallend, wenn Paulus bei zwei gleichen Fällen von furtum usus nur bei dem einen der actio furti ausdrücklich erwähnen sollte, während bei dem andern das Wort furtum überhaupt nicht vorkommt.

Eine Conjuctur ist desshalb hier nicht am Platze, sie ist aber auch gar nicht nötig, da sich die Stelle, wie oben gezeigt, auch auf andere Weise befriedigend erklären lässt und der scheinbare Widerspruch durch diese Erklärung vollständig gehoben wird. —

Dies sind die vielbestrittenen und oft missdeuteten Fragmente, welche an diesem Orte eine specielle Bearbeitung erforderten. Wir haben gesehen, wie sie sich alle entweder nach dem in l. 34 pr. mandati aufgestellten Princip als einfache Anwendungen desselben auffassen liessen oder überhaupt andere, ebenfalls durch einfache Festhaltung des in §. 9 entwickelten Begriffs vom depositum irregulare erklärbare Rechtssätze enthielten. Diese, sowie die in den vier Fundamentalstellen enthaltenen Rechtssätze sollen nun im nächsten und letzten Abschnitt verwendet werden, um die eigentümlichen Rechtsverhältnisse beim depositum irregulare in kurzen Worten darzustellen.

III. Abschnitt.

Die besonderen Rechtsverhältnisse beim dep. irregulare.

§. 16. Vorbemerkungen.

Wir verstehen unter den besonderen Rechtsverhältnissen beim depositum irregulare diejenigen speciellen

Rechte und Verpflichtungen, welche lediglich aus der irregularitas d. h. der Fungibilität der deponirten Sache für den einen oder anderen Contrahenten entspringen. Dieselben beziehen sich im Wesentlichen auf Zinsverpflichtung und Stellung im Concurse. Dass die Eigenthümlichkeiten bei der Haftung und Rückgabe keiner speciellen Besprechung mehr bedürfen, wird man begreiflich finden, da sie klar aus dem Satze „genus non perit" sich ergeben und an anderer Stelle bereits auf sie Bezug genommen ist. — Dagegen wird es aus praktischen Rücksichten angezeigt erscheinen, auch einen Blick auf die äusserlich hervortretenden Unterschiede des depositum irregulare vom Darlehen zu werfen, wenn auch vom theoretischen Standpunkt aus strenggenommen diese Erörterung nicht hierher gehört.

§. 17. Die Zinsverpflichtung.

Bei der Untersuchung über diese Materie müssen wir von dem charakteristischen Merkmal des depositum, dem einseitigen Vorteil des Deponenten, ausgehen und darnach das allgemeine Princip aufstellen, dass der Depositar von Rechtswegen [1]) jeden aus dem concreten Geschäft gezogenen Vorteil durch Zahlung von Zinsen compensiren müsse.

Halten wir dieses Princip fest, so erhellt zunächst, dass der Depositar im depositum irregulare wie im depositum regulare Verzugszinsen, Zinsen ex mora, zu entrichten hat. Darüber lassen auch eine ganze Reihe von Quellenzeugnissen [2]) gar keinen Zweifel.

Ferner müssen wir aus der Natur des depositum irregulare, als eines bonae fidei negotium [3]), folgern, dass eine Zinspflicht des Depositars auch durch pactum adjectum begründet werden kann. Dieses wäre zwar auch beim depositum regulare möglich, hätte aber praktisch dort kei-

1) Dies Princip ist deutlich enthalten in l. 1 §. 24 depositi 16, 3. 2) l. 24 u. l. 25 §. 1 dep. 16, 3; l. 32 §. 2 de usuris 22, 1; l. 2 Cod. depositi 4, 34. 3) l. 1 §. 23 depositi 16, 3.

nen Sinn [4]), denn es wird Niemanden einfallen, für todtes Capital Zinsen zu versprechen. Würde ihm aber der Gebrauch einer deponirten Species dafür zugesichert, so verliert [5]) das Geschäft seinen Charakter als depositum und wird zum Commodat oder gar zur Miete. — Wenn nun auch strenggenommen der depositarius irregularis eigentlich durch das Erforderniss des steten Bereithaltens an einem einzelnen depositum keinen [6]) Vortheil geniessen kann, so wird es ihm namentlich in dem Falle, dass er zugleich **mehrere** [7]) Depositen übernimmt, mit Hülfe der Unwahrscheinlichkeit, dass alle zu gleicher Zeit zurückgefordert werden, doch meist möglich sein, reelle Vorteile aus dem depositum zu ziehen und im Hinblick hierauf hat daher eine Zinsvereinbarung beim depositum irregulare einen ganz vernünftigen Sinn und man kann in einer Zinsvereinbarung daher keine praesumtio für ein Darlehen finden, wie dies von Schmid [8]) behauptet wird. — Die Zinspflicht ex pacto wird ebenfalls durch mehrere Quellenzeugnisse bestätigt [9]).

Dagegen kennt das depositum irregulare keine Strafzinsen wegen unbefugten Gebrauchs, wie sie beim regulären depositum festgesetzt sind [10]). Es folgt dies begrifflich aus der Fungibilität des deponirten Objects, indem der Depositar als Eigentümer desselben eo ipso das Gebrauchsrecht hat, natürlich unbeschadet des beliebigen Rückforderungsrecht von Seiten des Deponenten.

Es sind also beim depositum irregulare zweifellos Zinsen ex pacto und ex mora zu zahlen. Nun könnte es aber möglich sein, dass man dem Depositar nachwiese, er habe, selbst auf das Risiko der Rückforderung des Deponenten hin, factisch durch Ausleihen oder sonstige Verwertung des Geldes selbst Zinsen davon gezogen oder das Geld

---

4) Vangerow a. a. O. pg. 415 unten. 5) Vgl. §. 10 in fine. 6) Vgl. §. 10 sub 2. 7) Wie dies z. B. die Depositenbanken tun. 8) Schmid a. a. O. pg. 85 sub Nr. 5. 9) l. 24 u. l. 26 §. 1 dep. 16, 3. 10) l. 29 pr. dep. 16, 3 u. l. 3 Cod. depos. 4, 34.

unterdessen für seine Bedürfnisse gebraucht und dann zufällig bei der Rückforderung wieder ebensoviel bereit gehabt. Principiell und logisch [11]) muss er dann auch Zinsen zahlen, da sein Gebrauchsrecht ein bloss im Begriff der Fungibilität liegendes, contractlich gar nicht beabsichtigtes ist. Wir nehmen desshalb mit Neustetel [12]) und Vangerow [13]) an, dass der depositarius irregularis ausser ex pacto und ex mora auch noch dann [14]) Zinsen zahlen muss, wenn er selbst aus den deponirten Geldern Zinsen gezogen oder dieselben zu eigenem Gebrauche verwendet hat.

Die Quellenzeugnisse sind hierüber nicht sehr klar und desshalb dieser Punkt ein sehr bestrittener. Hauptsächlich scheint l. 24 dep. gegen eine solche Zinspflicht zu sprechen, nämlich mit den Worten: „contra bonam fidem et depositi naturam est, usurus ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit.“ Vangerow [15]) sucht dies dahin zu erklären, dass in concreto der Depositar wegen seines ausdrücklichen Versprechens, in jedem Augenblick, wenn es Sempronius verlangen würde, die Summe zu restituiren, wohl keinen factischen Vorteil erlangt haben werde. Aber dieser Voraussetzung bedarf es gar nicht, denn der Relativsatz, „qui beneficium . . dedit,“ schliesst seiner Natur nach eine Bedingung in sich. Wenn der Depositar wirklich einen Vorteil erlangt hat, so ist er eben einfach nicht mehr der, „qui beneficium . . . dedit,“ und die bona fides ist dann auf Seiten des Deponenten, welcher für den entbehrten Gebrauch Zinsen verlangt, weil derselbe factisch welche getragen. — Eine andere gegen diese Zinspflicht angeführte Stelle ist l. 25 §. 1 depositi. Aber hier wird bloss gesagt, dass der depositarius irregularis Verzugszinsen

11) Vgl. hierüber l. 38 §. 15 de usuris 22, 1. 12) a. a. O. pg. 11. 13) a. a. O. pg. 416. 14) Dagegen Nettelbladt l. c. §. 48 Note, pg. 49—52; Glück a. a. O. pg. 185 oben; auch namentlich Schmid a. a. O. pg. 86 ff. und Windscheid a. a. O. §. 379 Not. 2. 15) a. a. O. pg. 420.

zahlen müsse, daraus darf man aber nicht mit argumentum a contrario schliessen [16]), dass er ante moram nicht ebenfalls aus irgend einer Ursache Zinsen zahlen müsse [17]), denn sonst wären damit zugleich die usurae ex pacto negirt. Beide Stellen können also nicht als Widerlegung dienen. Dagegen sagt zunächst l. 1 §. 24 dep. deutlich, dass alle aus dem depositum entspringenden Vorteile dem Deponenten zu Gute kommen müssen und l. 4 Cod. depositi 4, 34 redet allgemein von Zinsen, die der Depositar für den Gebrauch der deponirten Sache zu leisten habe. Dahin ist denn auch l. 29 §. 1 dep. zu interpretiren. Und was endlich l. 28 dep. betrifft, so hat Neustetel [18]) sehr richtig darauf hingewiesen, dass Scaevola's responsum ganz allgemein gehalten sei und sich daher nicht auf Zinsen ex pacto beziehe, sondern deutlich ausspreche, der Depositar habe Zinsen zu zahlen, wenn er selbst solche bezogen oder das Geld zu eigenem Nutzen verwendet. Denn wäre von Zinsen ex pacto die Rede, so müssten dieselben überhaupt gezahlt werden, nicht bloss in den beiden gedachten Fällen.

Aus diesen Quellenzeugnissen im Verein mit der logischen Consequenz aus dem Charakter des depositum erhellt also deutlich die Richtigkeit des Satzes, dass der depositarius irregularis Zinsen ex pacto, ex mora, sowie dann zu zahlen habe, wenn er selbst nachgewiesenermassen Zinsen aus den deponirten Geldern bezogen oder diese zu seinem eigenen Bedürfniss verwendet hat.

§. 18. Die Stellung des depositum irregulare im Concurs [1]).

Um durch dieses vielbestrittene Gebiet uns durchzufinden, tun wir am besten, zunächst die allgemeinen

---

16) Schmid a. a. O. pg. 86. 17) Neustetel a. a. O. §. 5 pg. 11. 18) a. a. O. pg. 14; dagegen Schmid a. a. O. pg 86 ff.

1) Vgl. hierüber namentlich Overbeck, diss. inaug. de collocatione depositi tam regularis quam irregularis in concursu creditorum. 1806. §. 24 ff. u. Neustetel a. a. O.: Die Locirung des depositum im Concurs. 1821. pg. 27 ff.

hierhergehörigen Rechtsprincipien und zwar vom depositum im Allgemeinen ausgehend zu entwickeln und erst dann die Privilegien zu untersuchen, welche das römische Recht gewissen Arten von Depositen verleiht.

Aus den allgemeinen Rechtsprincipien und der Natur des depositum folgt nun für den Concurs des Depositars und zwar zunächst für das depositum überhaupt Nachstehendes:

1) Ist die deponirte Sache noch in natura vorhanden, so kann der Deponent sie vindiciren. Dies Recht fliesst als naturgemässe Consequenz aus dem Eigentum des Deponenten und bedarf daher keiner weiteren Erörterung.

2) Ist aber die deponirte Sache nicht mehr oder in beschädigtem Zustand vorhanden, so hat der Deponent bezüglich des Schadensersatzes kein Vorrecht und wird mit den andern Chirographargläubigern, also in letzter Linie zugelassen. Es ist kein Rechtssatz vorhanden, der die Obligation auf Schadensersatz beim depositum als eigengeartete statuirte, und darum auch im Allgemeinen kein Grund gegeben, dass dieses Recht auf Schadensersatz eine privilegirte Stellung im Concurs genösse.

Für das depositum irregulare nun modificiren sich beide Regeln dahin, dass hier keine Vindication gestattet werden kann, da das als fungibel deponirte Geld per se sofort in das Eigentum des Depositars übergeht und desshalb nicht mehr vindicirt werden kann. Es ist kein Grund vorhanden, das Eigentum des Depositars erst vom wirklichen Angreifen des Geldes zu berechnen, dies ist vielmehr theoretisch falsch und im Widerspruch mit l. 42 de jure dot. 23, 3. Es gilt also nur die zweite Regel. — Soviel über das allgemeine theoretische Recht. Nun betreten wir das Gebiet des privilegium und der Praxis.

In den Quellen finden wir zwei Fragmente, welche beide den Deponenten Privilegien einräumen, aber nur für gewisse Classen von Depositarien:

1) l. 24 §. 2 de reb. auct. jud. poss. 42, 5. Ulpian libro LXIII ad Edictum: „In bonis mensularii vendundis

post privelegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim, qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud enim est credere, aliud deponere. Si tamen numi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privelegia."

In dieser Stelle sind 3 Regeln ausgesprochen:

1) Sind die deponirten Geldstücke noch vorhanden, so kann der Deponent sie durch Vindication aus dem Concurs herausziehen.

2) im Uebrigen steht der Deponent mit der Forderung aus dem depositum nach den privilegirten und vor den chirographischen Gläubigern.

3) Hat er aber Zinsen aus dem depositum gezogen, so geniesst er gar kein Privilegium.

Diese drei Regeln stehen mit den allgemeinen Principien in offenbarem Widerspruch. Es erklärt sich dies lediglich aus der aequitas. Denn es wäre unbillig, wenn noch nachweisbar dieselben deponirten Geldstücke vorhanden sind, dem Deponenten sie zu verweigern. Das „vindicare" aber bedeutet hier nur soviel wie „separare" nach Analogie des Rechts, das der Mündel auf die durch den Vormund mit seinem Gelde angeschafften Sachen hat und wo dem Berechtigten eine rei vindicatio utilis [2]) gegeben wird. Ferner entspricht es der Billigkeit, den Deponenten im Allgemeinen vor die übrigen Chirographargläubiger zu stellen, da alle diese in gewissem Grade auf ihr Rückforderungsrecht Verzicht geleistet haben, dem Deponenten dasselbe aber principiell beliebig zusteht. Endlich ist es ganz billig, dieses Privilegium für den Fall der Zinsnahme cessiren zu lassen, da ja dann der Deponent ausser der custodia auch noch eine Rente geniesst, deren bisheriger Wert durch die schlechtere Stellung im Concurse aufgewogen werden soll. In dieser Weise lässt sich auch das

2) Vgl. Windscheid a. a. O. I. §. 174, 2 u. Note 9.

„credere“ erklären, da ein depositum irregulare mit Zinsvereinbarung äusserlich noch mehr dem Darlehen ähnelt als sonst und das credere ja nicht mit dem Darlehen identisch ist [3]).

Diese Privilegien sollen aber nur gelten für die bei den mensularii gemachten Depositen.

2) l. 7 §. 2 sq. depositi 16, 3. Ulpian libro XXX. ad Edictum: „Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierunt, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. §. 3. Item queritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt, an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur? Et constat, simul admittendos; hoc enim Rescripto Principali significatur.“ Dazu als Anhang:

l. 8 eodem. Papianus libro IX Quaestionum: „Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus; idque propter necessarium usum argentarium ex utilitate publica receptum est. Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit, nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.“

Die geistvolle und gründliche Entwicklung Neustetel's [4]) lässt es keinem Zweifel unterliegen, dass es sich hier um solche Deponenten handelt, welche selbst wieder Depositare von andern Deponenten sind: was der Ausdruck: „depositariorum, id est, qui depositas pecunias habuerunt“ genügend bestätigt.

Diesen wird nun in dem fraglichen Fragment eine privilegirte Stellung und zwar vor allen persönlich privilegirten Gläubigern eingeräumt. Die Verschiedenheit dieser Locirung von der in l. 24 §. 2 D. 42, 5 statuirten war der Anlass, dass man zur Hebung des vermeintlichen

3) Vangerow a. a. O. pg. 421. 4) a. a. O. pg. 34 ff.

Widerspruchs eine ganze Reihe von Vorschlägen[5]) machte, von denen besonders der von Overbeck[6]) darin besteht, die l. 24 §. 2 cit. bezöge sich bloss auf die mensularii, die cit. l. 7 §. 2 aber auf die numularii und argentarii, zwischen diesen beiden Gruppen sei aber ein grosser Unterschied, der den Widerspruch rechtfertigte, indem die mensularii der Bürgschaft des Staates[7]) genössen. Neustetel[8]) hat ausführlich die schwachen Seiten dieser Erklärung nachgewiesen und desshalb ist hier weiter keine Widerlegung nötig.

Geht man nun aber von obiger Annahme Neustetel's aus, so löst sich der scheinbare Widerspruch ganz einfach dahin, dass diesen sozusagen Afterdeponenten wegen ihrer eigenen Haftung für das ihnen selbst Deponirte eine weitere specielle Vergünstigung in Gestalt eines Concursprivilegiums gewährt worden ist. Dies ist vom Standpunkt der Billigkeit aus ganz vernünftig, ebenso aber auch, dass auch dieses Privilegium im Falle der Zinsnahme cessirt, da der Depositar nicht Vorteile aus dem depositum ziehen, und wenn er sie zieht, sie auf irgend eine Weise compensiren soll. In diesem Sinn ist hier das quasi renuntiare deposito zu verstehen.

Die cit. l. 7 §. 2 enthält also nur ein weiteres specielles Concursprivilegium der Afterdeponenten, während die l. 24 §. 2 cit. die eigentlich massgebende Stelle ist. — Es fragt sich nun, wie weit diese Privilegien gehen. Genau genommen kennen wir heutzutage weder Mensularier, noch Numularier, noch Argentarier in dem von den Römern damit verbundenen Sinn. Die Anwendung des Privilegs muss also, soll sie überhaupt stattfinden, ad analogiam geschehen. In den heutigen Bankiers im weit. Sinn, d. h. sowohl in den dieses Geldwechselgeschäft als Erwerb treibenden Privatpersonen, als namentlich auch in den

5) cf. Nettelbladt l. c. §. 73 ff.; Dedekind l. c. §. 48; Heimbach a. a. O. pg. 438 ff. 6) Overbeck l. c. §. 9—16 und §. 24, dem auch Glück a. a. O. pg. 224 folgt. 7) Overbeck l. c. §. 13 ff. 8) a. a. O. pg. 30 ff.

sogenannten Depositenbanken haben wir die ad analogiam zu privilegirenden Rechtssubjecte zu suchen. Dass die heutige Praxis diese Concursprivilegien auf alle Depositalforderungen überhaupt ausdehnt, lässt sich vom Begriff des Privilegs aus, als eines jus speciale, in keiner Weise rechtfertigen, ebensowenig aber auch die Meinung, die fraglichen Privilegien seien überhaupt heutzutage nicht mehr anwendbar.

Anmerkung. Nur noch kurze Zeit wird diese Entwicklung praktische Bedeutung haben, da in der neuen Reichsconcursordnung §. 54 von einem Concursprivileg des deponens irregularis keine Rede mehr ist.

§. 19. Die äusserlich hervortretenden Unterschiede des depos. irregulare vom Darlehen [1]).

Wir wollen endlich noch mit einigen Worten die äusserlichen Unterschiede des nun entwickelten depositum irregulare vom Darlehen berühren.

Es ist hier zunächst zu bemerken, dass die früheren sehr erheblichen Unterschiede, welche in der Natur der beiden Geschäfte, als eines bonae fidei judicium einer- und eines stricti juris negotium anderseits wurzelten, mit dieser Unterscheidung selbst gegenwärtig weggefallen sind. Das gleiche Schicksal trug die dem depositum irregulare vor dem mutuum eigentümliche Strafe der Infamie bei der actio depositi directa, sowie auch das beim depositum irregulare cessirende Privilegium der Moratorien und Quinquennalbriefe [2]).

Dagegen besteht der äusserliche Unterschied heutzutage ausser dem bereits besprochenen Concursprivilegium [3]) des Depositars wesentlich noch darin, dass beim depositum irregulare drei der Klage des Mutuanten entgegenstehende Einreden keine Geltung haben, nämlich:

---

1) Vgl. Schmid a. a. O. pg. 83 ff., dann Windscheid a. a. O. §. 379 Note 5, auch Nettelbladt l. c. §. 64—75. 2) cf. Nettelbladt l. c. §. 72. 3) Vgl. jedoch die Anmerkung zum vorhergehenden Paragraphen u. RCO. §. 54.

1) Die exceptio Senatus consulti Macedoniani, die ja überhaupt nur für Gelddarlehen gilt und in l. 3 §. 3 de Sc. Maced. 14, 6 ausdrücklich für alle andere Contracte versagt wird, selbst wenn es vorkommen sollte, dass ein solcher „in creditum abiit."

2) Die exceptio compensationis und das jus retentionis nach l. 11 Cod. depos. 4, 34 und besonders nach l. 14 §. 1 in fine Cod. de compensat. 4, 31, wo es ausdrücklich heisst: „excepta actione depositi secundum nostrum sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus."

3) Die exceptio non numeratae pecuniae [4]) und zwar nach deutlicher Erklärung in l. 14 §. 1 Cod. de exc. n. n. pec. 4, 30. — Alle diese äusserlichen Verschiedenheiten lassen sich einfach aus dem charakteristischen Merkmal des depositum erklären, nämlich dem einseitigen Vorteil des Deponenten, den man nie übersehen darf. Der Hauptunterschied nach Aussen bleibt aber immer das beliebige Rückforderungsrecht des Deponenten.

Anhang.

§. 20. Das depositum irregulare im heutigen Handelsrecht [1]).

Im heutigen Handelsrecht spielt dieses merkwürdige Geschäft eine viel grössere Rolle, als einst bei den Römern, trotzdem sind seine Verschiedenheiten vom Darlehen äusserlich nicht mehr so erkennbar. Der Hauptunterschied bleibt immer die beliebige Revocabilität, die auch durch eine Zeitbestimmung nicht beschränkt werden kann [2]), wenn das Geschäft nur auch als depositum ausdrücklich abgeschlossen worden ist. Ein weiterer Unterschied besteht in der Unzulässigkeit der Compen-

4) Auch diese Einrede wird man künftig auch beim depos. irreg. zulassen müssen, vgl. hierüber E. G. zur RCPO. §. 14. Ziffer 2

1) Vgl. namentlich Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift für d. ges. Handelsr. Bd. IV. pg. 58 ff., auch Endemann, das deutsche Handelsrecht, 3. Aufl. 1876 pg. 676 ff. 2) Gegen Endemann l. 1 §. 45 u. 46 dep. 16, 3 u. l. 11 pr. Cod. dep. 4, 34.

sationsrede, was in der Praxis[3]) noch vollständig anerkannt wird. Den übrigen äusserlichen Unterschieden kann dagegen eine Wirkung wohl nicht mehr zugesprochen werden.

In der äusseren wirthschaftlichen Erscheinung kennzeichnet sich das depositum irregulare vor dem Darlehen namentlich durch den geringeren Zins. Wenn aber Endemann[4]) diesen Umstand darauf zurückführt, dass der deponens irregularis der Nachfragende, der Darleiher dagegen der sei, nach welchem die Nachfrage geht, so können wir diesem Unterschied keine allgemeine Anerkennung geben und zwar im Hinblick auf die sogen. Depositenbanken und Sparkassen. Diese Anstalten sind in die Lage gesetzt, trotz der beliebigen Revocabilität, aus der Combination mehrerer Depositen, infolge der Unwahrscheinlichkeit von deren gleichzeitiger Zurückforderung wirklichen Gewinn zu ziehen. Sie gewähren aber als Entschädigung für das stete Bereithalten nur einen geringen Zins. Indem aber dadurch jenes Vorrecht des Deponenten vor dem Darleiher vollständig compensirt erscheint, ist das depositum irregulare in diesen Fällen wirtschaftlich von denselben Einwirkungen abhängig, wie das Darlehen. Die Depositenbanken suchen ebenso Geld, wie der Staat, der Obligationen ausgibt, sie sind also in der Regel die nachfragenden. Endemann's Unterscheidung gilt bloss für das einzelne depositum bei einer Privatperson, nicht aber für solche Anstalten, die ja doch als Erwerbsgesellschaften betrachtet werden können, da sie ihren Mitgliedern in der Regel Dividenden bezahlen. Bei einer Privatperson mit nur wenigen Depositen ist freilich diese unbedingte Revocabilität so störend für einen aus dem deponirten Geld zu machenden Gewinn, dass allerdings hier der Deponent meist der Nachfragende sein wird. — Es kann also im Hinblick auf diese öffentlichen Anstalten nicht mit Endemann[5]) angenommen werden, dass das depositum irregulare „stets ein Darlehen, aber

3) Entscheidungen des ROHG. Bd. IX. Nr. 119. 4) In der angef. Zeitschr. pg. 63 ff. 5) Zeitschr. f. Handelsr. a. a. O. pg. 64.

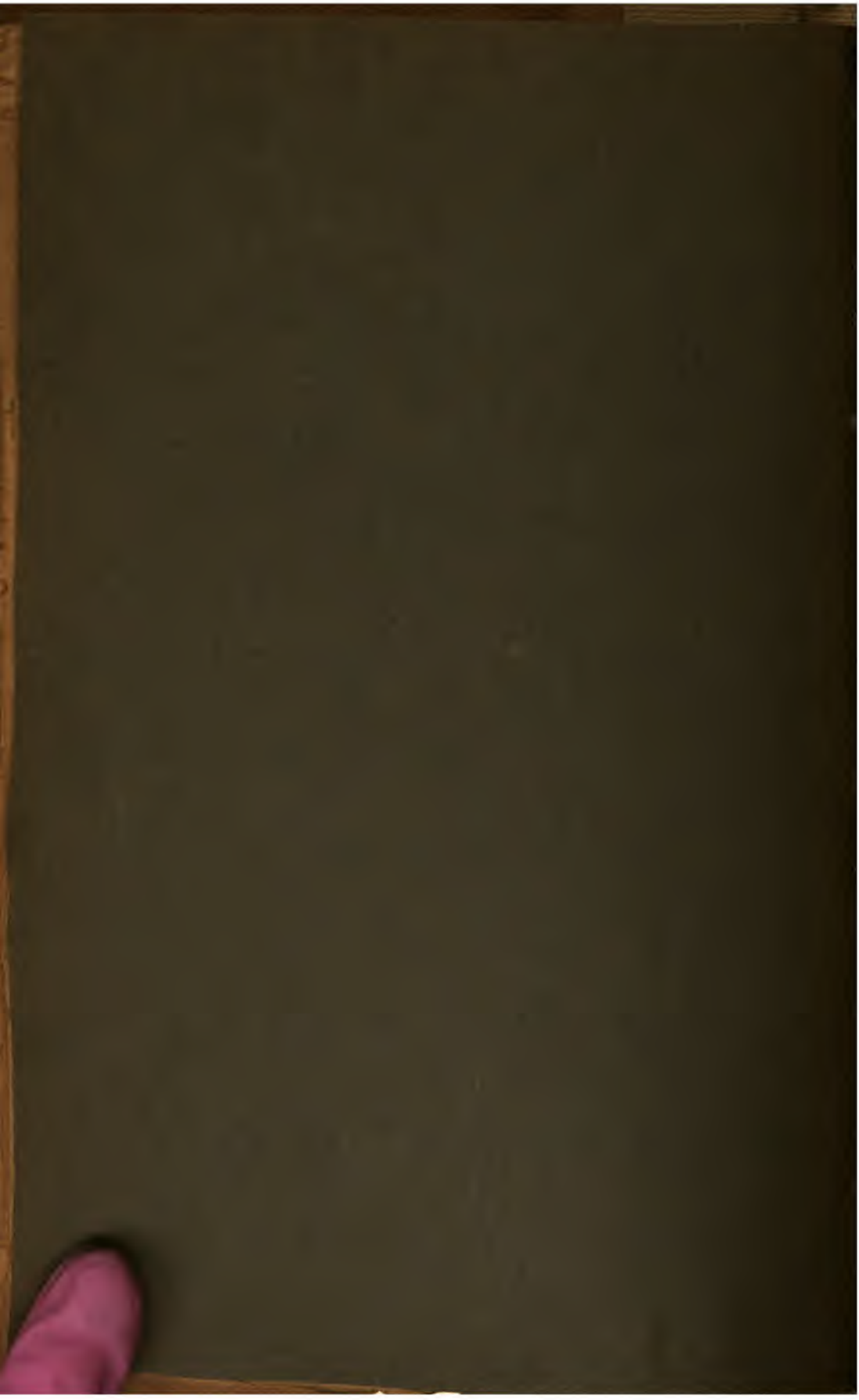
ohne den sonst in diesem enthaltenen Creditverkauf," wäre, sondern je nach den Umständen kann dies allerdings der Fall sein, es ist aber ebenso oft nicht der Fall. Denn die fraglichen Anstalten bedürfen ebenso des Credits, wie ein Anleiher, und ein Teil [6]) auch der geringeren Zinsen, die sie zahlen, ist Assecuranzprämie für die Uebernahme der Gefahr.

Der innere Grund des Unterschiedes im Zinsmass ist also stets die beliebige Revocabilität, und nicht das Fehlen des Creditverkaufs, was allerdings noch hinzukommen kann. Ebendesshalb wird es sich auch künftig „der Mühe lohnen, beide Geschäfte getrennt aufzuführen" [7]).

Recht greifbar wird der Unterschied des heutigen depositum irregulare vom Darlehen, wenn wir uns vorstellen, was freilich in der Wirklichkeit nicht vorkommt, dass der Staat, um gegen billigen Zins Geld zu erhalten, eine Staatsdepositenbank gründete, wo gegen jede geschehene Deposition ein auf den Inhaber gestellter Depositenschein mit ganz beliebigem Einlösungsrecht ausgegeben würde, und der Inhaber, so lange er nicht sein Geld haben wollte, eine geringe Zinsvergütung genösse. Was würde die Folge sein? Einfach die, dass solche Wertpapiere überhaupt nur al pari stehen könnten. Denn unter pari könnten sie nicht sinken, weil man ja jederzeit den Nominalwert bei der Bank erheben kann, über pari könnten sie aber auch nicht steigen, weil sich ja Jeder durch Einzahlung des Nominalwertes den fraglichen Depositenschein verschaffen kann. Für die unbedingte Einlösung wäre eben die Garantie des Staates vorhanden. Vom Papiergeld würden sich solche Depositenscheine durch die reelle Grundlage der wirklich geschehenen Einzahlung, von den Staatsobligationen, deren Wert ja wesentlich durch die Rückzahlungsfrist bestimmt wird, durch die unbedingte Einlösbarkeit unterscheiden.

---

6) ebenda pg. 56.

7) Endemann in der angef. Zeitschr. pg. 65.

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.